

UNICESUMAR – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

JEFERSON NELCIDES DE ALMEIDA

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA PRESA

MARINGÁ
2018

JEFERSON NELCIDES DE ALMEIDA

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA PRESA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário UNICESUMAR para obtenção do título de Mestre na Área de Concentração em Direitos da Personalidade.

Orientador: Prof.^o Dr.^o Dirceu Pereira Siqueira.

MARINGÁ

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

A447 Almeida, Jeferson Nelcides.

Os direitos da personalidade da pessoa presa / Jeferson Nelcides Almeida. –
Maringá : 2019.
125f.

Orientador: Prof.º Dr.º Dirceu Pereira Siqueira
Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – UNICESUMAR.
Centro Universitário de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas, 2019. Inclui bibliografia.

1. Personalidade (Direito) – Dissertação. 2. Dignidade (Direito) – Dissertação.
3. Prisioneiros – Dissertação. I. Siqueira, Dirceu Pereira. II. UNICESUMAR -
Centro Universitário Maringá. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas.

CDD 346.013

JEFERSON NELCIDES DE ALMEIDA

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA PRESA

Dissertação apresentada como requisito final à obtenção do título Mestre em Ciências Jurídicas, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas, do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR, sob orientação do Prof.^o Dr.^o Dirceu Pereira Siqueira.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^o Dr.^o Dirceu Pereira Siqueira
Orientador – Unicesumar

Prof.^a Dr.^a Juliana Marteli Fais Feriato
Membro Interno – Unicesumar

Prof.^o Dr.^o Fausto Santos de Moraes
Membro Externo – IMED/RS

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus e a minha família, em especial aos meus filhos e a minha esposa.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por ter me oportunizado realizar um sonho que parecia ser impossível e por colocar pessoas tão especiais ao meu lado, sem as quais certamente não teria atingido esta importante vitória!

Agradeço a minha esposa Márcia e aos meus filhos Vinícius, Júnior, Caio e Bernardo por serem tão importantes na minha vida. Sempre ao meu lado, pondo-me para cima e me fazendo acreditar que posso mais que imagino. Devido ao companheirismo, amizade, paciência, compreensão, apoio, alegria e amor, este trabalho pôde ser concretizado. Obrigado por terem feito do meu sonho o nosso sonho.

Aos meus pais, Davi e Dulcilena, o meu agradecimento, pois sempre acreditaram em minha capacidade e isso só me fortaleceu e me fez tentar não ser o melhor, mas a fazer o melhor de mim. Agradeço, principalmente, a minha mãe pelas orações para que eu pudesse vencer mais esta etapa.

Aos meus orientadores, Professores Dr. Dirceu Pereira Siqueira e Gustavo Noronha de Ávila, pessoas admiráveis que me acolheram durante o curso, tiveram paciência com meus atrasos e me fizeram compreender o quão inesgotável é o aprendizado.

Aos colegas de turma que tanto me auxiliaram no decorrer do curso, seja durante as apresentações, seja durante as aulas com as sábias trocas de conhecimento.

Meus sinceros agradecimentos, também, aos secretários do Programa do Mestrado: Eloiza, Bruno, Márcia Silva, Marcia Sdrana, Sueli. Ainda à colega Fabiane Berssanette pela formatação e correções.

ALMEIDA, Jeferson Nelcides. **Os direitos da personalidade da pessoa presa**. 125f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - UNICESUMAR. Orientador: Prof.º Dr.º Dirceu Pereira Siqueira. Maringá, 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar os direitos da personalidade do ser humano que passa a integrar o Sistema Penitenciário brasileiro tanto como preso definitivo quanto como preso provisório e como esses direitos são desrespeitados pelo Estado que deveria garanti-los. Os direitos da personalidade não são tutelados na prática pelo Estado, causando, dessa forma, sérias consequências aos próprios presos, como problemas de saúde e, principalmente, trazem uma das piores consequências que é a não ressocialização, ao ocasionar, automaticamente, a reincidência e, assim, o aumento da criminalidade que assola a nossa sociedade. O estudo aqui apresentado se debruça sobre todos os direitos da personalidade que não são atingidos pela sentença penal condenatória ou pela ordem de prisão, pois o cumprimento dos direitos da personalidade pelo Estado estará não só garantindo os direitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna, como também estará fazendo seu papel ressocializador daquele cidadão que descumpriu as normas penais. A realidade do Sistema Penitenciário brasileiro hodiernamente é assustadora, uma vez que chegamos ao ponto de um Ministro de Estado da Justiça dizer que preferia morrer a passar anos em um presídio brasileiro, afirmando que os presídios brasileiros geram graves violações aos direitos humanos. Para tanto, no presente estudo, foram observadas as prisões e as penas desde seu nascedouro até os dias atuais, ao mostrar a realidade em que os presos são submetidos ao cumprimento de pena hodiernamente. Entretanto, percorremos as leis que se referem aos presos e à sua modernização até a chegada da atual Lei de Execuções Penais. Após isso, analisamos os direitos da personalidade e suas violações dentro dos presídios brasileiros.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Dignidade humana. Presos. Sistema Penitenciário.

ALMEIDA, Jeferson Nelcides. **THE RIGHTS OF THE PERSONALITY OF THE IMPRISONED PERSON**. 125f. Dissertation (Master's Degree in Legal Sciences) - UNICESUMAR. Advisor: Prof.^o Dr.^o Dirceu Pereira Siqueira. Maringa, 2018.

ABSTRACT

The present work aims to present the rights of the personality of the human being who becomes part of the Brazilian Penitentiary System both as definitive prisoner and as provisional prisoner and how these rights are disrespected by the State that should guarantee them. The rights of the personality are not protected in practice by the State, thus causing serious consequences to the prisoners themselves, such as health problems and, above all, bring one of the worst consequences which is non-resocialization, which automatically leads to the recurrence of crime and thus the increase in crime that is plaguing our society. The study presented here deals with all personality rights that are not affected by the criminal conviction or the arrest warrant, because the fulfillment of the rights of the personality by the State will not only be guaranteeing the fundamental rights laid down in our Magna Carta, but will also be doing its role to re-associate that citizen who has failed to comply with the penal rules. The reality of the Brazilian Penitentiary System is currently frightening, since we have reached the point where a Minister of State for Justice says he would rather die than spend years in a Brazilian prison, affirming that Brazilian prisons generate serious violations of human rights. To this end, in the present study, arrests and penalties were observed from its hatching to the present day, to show the reality in which prisoners are currently subjected to prison sentences. However, we go through the laws that refer to prisoners and their modernization until the arrival of the current Law of Criminal Executions. After this, we analyze the rights of the personality and its violations within Brazilian prisons.

Keyword: Personality Rights. Human Dignity. Prisoners. Penitentiary System.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Panóptico.....	51
Figura 2 – Hospício de San Michel.....	54
Figura 3 – Rasphuis.....	55
Figura 4 – Canrandiru.....	58
Figura 5 – Taxas de mortalidade para cada 10.000 pessoas privadas de liberdade no primeiro semestre de 2016 por natureza da morte e Unidade da Federação.....	73

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITOS DA PERSONALIDADE: GENERALIDADES.....	12
2.1 FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	14
2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE DA ERA MEDIEVAL.....	16
2.3 DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA IDADE MODERNA.....	17
2.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	22
2.4.1 Classificação Dos Direitos Da Personalidade.....	25
2.4.2 Características Dos Direitos Da Personalidade.....	30
2.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE HUMANA.....	34
3 AS PENAS E AS PRISÕES NA ANTIGUIDADE.....	40
3.1 O APRISIONAMENTO NO BRASIL COLÔNIA.....	55
3.2 A NOVA LEGISLAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL.....	58
3.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL.....	61
3.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SUAS FONTES POSITIVAS.....	65
4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS PRESOS.....	67
4.1 DO DIREITO À VIDA.....	69
4.1.1 Do Direito À Alimentação.....	71
4.1.2 Direito À Saúde.....	76
4.2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO.....	84
4.3 DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA.....	92
4.4 DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	94
4.5 DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA.....	96
4.6 DIREITO À IMAGEM DO PRESO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE À INTEGRIDADE MORAL.....	98
4.7 PERMISSÃO DE SAÍDA DO PRESO AO FUNERAL DE FAMILIARES.....	100

4.7.1 O Caso Lula.....	102
5 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	104
5.1 O ENCARCERAMENTO EM MASSA COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA PRESA.....	110
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, da forma como conhecemos atualmente, são fruto de uma longa jornada intelectual no decorrer dos séculos. O início dessa história se encontra atrelada ao Cristianismo, durante a Idade Média, no qual se afirmava a defesa da igualdade de todos os homens em uma mesma dignidade.

O momento mais simbólico, na história dos Direitos do Homem, é o período compreendido entre 1945 e 1948. Em 1945, os Estados se dão conta das atrocidades vividas durante a 2ª Guerra Mundial, o que os levou a criar a Organização das Nações Unidas (ONU) em prol de estabelecer e manter a paz no mundo. Foi por meio da Carta das Nações Unidas, assinada em 20 de junho de 1945, que os povos exprimiram a sua determinação.

Para Bauman¹, o período de modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida, quando podem ser teorizados em categorias distintas e observados como independentes entre si, deixando de ser, como na época pré-moderna, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis na prática diária dos indivíduos. O autor observa a modernidade como um fenômeno líquido pela rapidez com que ocorrem as mudanças nas estruturas sociais; verifica que o que é líquido, diferentemente do que é sólido, modifica sua forma com facilidade e não se fixa no tempo, nem no espaço. A desintegração da rede social, em que nasciam e eram efetivadas as ações coletivas, aparece como efeito colateral dessa mudança.

Qualquer rede social que seja densa e territorialmente estagnada deve ser eliminada no período líquido-moderno, já que não permite a fluidez, que deve ser característica de todas as relações sociais que ocorrem no período. O ser humano deixa de ser definido, segundo o autor, como um ser social, por seu lugar na sociedade, o que determinaria seu comportamento e suas ações. A relevância social dos indivíduos pertencentes à sociedade líquido-moderna é medida a partir das suas condições de consumo. A divisão social é realizada em polos cada vez mais distantes: um polo, o dos consumidores, composto por aqueles que possuem condições para acompanhar as inovações tecnológicas, as novidades do mercado; o outro polo, o dos não-consumidores, composto pelos indivíduos que não possuem os pré-requisitos necessários para o acesso ao consumo, uma vez que não possuem condições

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

financeiras para tanto. Assim, a sociedade de modernidade líquida valoriza o poder de consumo e seus indivíduos deixam de ser reconhecidos por suas práticas sociais, por suas ações coletivas.²

O Estado líquido-moderno, com poderes de intervenção econômica drasticamente reduzida e sem condições de se responsabilizar pelo bem-estar social, passa a ter como principal função a manutenção da lei e da ordem, sendo representado para alguns pela figura de mantenedor da segurança e para outros pela de ameaça, por intermédio da força das leis, cada vez mais punitivas. O encarceramento, sob vários graus de severidade e de rigor, é utilizado de forma crescente como modo de lidar com partes da população que não são facilmente assimiladas pelos mercados consumidores. A separação e o confinamento espacial pretendem tirar da visão dos consumidores aqueles que não podem participar do jogo do mercado, dando aos primeiros a tão almejada sensação de segurança.

Bauman verifica a tendência da sociedade moderna em punir os indivíduos que não encontram espaço no mercado de trabalho e que são excluídos do sistema de consumo. Esses têm suas condutas sociais cada vez mais criminalizadas e são cada vez mais punidos com o encarceramento.³

O motivo da escolha do presente tema é o paradoxo entre as conquistas científico-jurídicas e a realidade do sistema penal repressivo existente nas unidades prisionais, que não obedece àquelas vitórias do humanismo ao longo da história do homem.

Ao remontar especialmente ao direito romano, quando a noção de personalidade surge por meio dos indivíduos dotados de *status libertatis*, *civitatis* e *familiae*, o presente trabalho tem como finalidade a análise dos direitos da personalidade daqueles que se encontram com suas liberdades restringidas pelo Estado, pois, diante da realidade carcerária vivida pelos detentos em nossas prisões, observa-se que, a cada dia, mais direitos da personalidade são subtraídos de seus titulares. Desenvolveremos o presente trabalho analisando o avanço histórico das penas e das prisões, os direitos da personalidade desses detentos e a tutela desses direitos pela Constituição Federal.

² BAUMAN, 2001.

³ Id. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

Desde os primórdios, o direito penal remete à evolução da mentalidade das sociedades em geral que, abrigada por códigos de leis e normas, geriu a sociedade pelo passar do tempo. As penas advêm das primeiras teorias evolucionistas como forma de castigo ou vingança pelo delito cometido. Os governantes, como forma de controlar a grande massa da população, usavam das mais sangrentas formas de castigo e o povo, dessa forma, era facilmente manipulado para satisfazer suas intenções.

Com o avanço das penas, a condição de abuso do corpo humano passa a ser combatido e o cárcere privado surge para penalizar os castigados. Entretanto, as prisões eram, em sua maioria, calabouços onde o abandono e a solidão eram tão cruéis quanto os castigos ao corpo. A partir de autores como Beccaria, as penas e as prisões passam a ter atenção especial. As penas de morte, em sua maioria, são abolidas e os estados buscam uma valorização do ser humano e do remédio da ressocialização do preso como medida coercitiva. Assim, esta pesquisa vem demonstrar a evolução das penas e das prisões e como a massa carcerária brasileira tem seus direitos da personalidade afastados de si quando, na verdade, tais direitos deveriam ser cada vez mais aplicados aos encarcerados.

O que se pretende com a presente pesquisa é discorrer acerca dos direitos da personalidade da população carcerária brasileira, apresentando informações que revelam a crise em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, ao pontuar os principais fatores que têm colaborado para essa crise; como consequência, esta tem subtraído os direitos da personalidade da pessoa presa e, automaticamente, desrespeita a dignidade humana do encarcerado como direito fundamental tutelado pela Carta Maior. Abordaremos, também, os direitos dos presos estabelecidos na Lei de Execução Penal.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE: GENERALIDADES

Foi longo o caminho percorrido pelos direitos da personalidade no decorrer da história da humanidade, até que fossem reconhecidos expressamente como pertencentes à categoria de direitos subjetivos⁴ e se tornassem objeto de tutela no

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

âmbito dos ordenamentos jurídicos contra as mais diversas espécies de ofensas contra eles perpetradas.

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam se denominar “direitos da personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica, essa designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.⁵

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria a uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a afirmar que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Quanto à denominação de direitos da personalidade ser reservada aos direitos essenciais, isso se justifica plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade.⁶

A origem da tutela da personalidade remonta à antiguidade, especificamente na Grécia, por direito geral de personalidade. O direito, então vigente, reconhecia que cada indivíduo era possuidor de personalidade e capacidade jurídicas. A proteção da personalidade humana se fundamentava em três ideias centrais: repúdio à injustiça, vedação da prática de atos de excesso de uma pessoa contra a outra e a proibição da prática de atos de insolência contra a pessoa humana. A tutela da personalidade era efetivada por meio da repressão a atos de injúria e sevícias. Essa proteção se ampliou aos poucos, por meio da tutela de atentados contra a pessoa mediante a prática de atos ilícitos, especialmente lesão corporal, difamação e estupro. A tutela da personalidade, nesse período, era de natureza exclusivamente penal.⁷

⁵ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Conceito dos direitos essenciais**: volume 1, 1886, p. 339.

⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

2.1 FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A evolução histórica dos direitos da personalidade se relaciona diretamente com o desenvolvimento da ideia de pessoa como sujeito de direito, titular de direito subjetivo passível de proteção pela ordem jurídica e com o incremento do conceito de personalidade, pois o seu reconhecimento legislativo e a sua tutela se deram, inicialmente, no âmbito do direito público.

O direito grego, vigente entre os séculos IV e III a.C., reconhecia a todos os homens a titularidade de personalidade e de capacidade jurídicas, esta última definida de maneira abstrata, sendo que as diferenças de estatuto entre as classes estabelecidas eram somente de natureza quantitativa. Por influência dos filósofos, do desenvolvimento do teatro e do costume de discussão de assuntos públicos, é nos gregos que começamos a ver uma ideia geral e abstrata de pessoa.⁸

A proteção à personalidade na antiguidade grega surgiu da noção de *hybris* e de correspondente lei e ação judicial punitivas. No senso comum, a *hybris* exprimia as ideias de excesso, injustiça, insolência, desequilíbrio e soberba, sendo, no início, uma ação de cunho penal, objetivando a punição de injúrias ou sevícias, mas, posteriormente, passou a sancionar outras espécies de violações à personalidade, como ações públicas ou privadas por ofensas corporais, difamações e estupros, englobando as *aixias*.⁹

É na filosofia grega que se encontram grandes subsídios para a teoria dos direitos da personalidade. Platão, em sua obra “A República”, remete à ideia de justiça, na forma concebida por Sócrates, que entendia que a justiça se encontrava na natureza humana, então a lei verdadeira é a natural, que brota da razão humana, refletindo o que há de divino no homem. Essa ideia de direito natural vai influenciar Aristóteles, que destaca o componente racional, ao defender que a natureza “[...] obedece a uma ordem racional e que existe uma razão universal que está em cada homem, onde se fundamentam a lei ou a justiça naturais”. Além de postular uma igualdade entre os homens, Aristóteles defende que leis positivas devem ter por finalidade o bem comum, devem ser aceitas e obedecidas por todos.¹⁰

⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 43-44.

⁹ Ibid, p. 44.

¹⁰ Ibid, p. 46.

Na Grécia antiga, a contribuição dos filósofos levou o pensamento jurídico a conceber o homem como origem e finalidade da lei, considerando-o destinatário primeiro e final do direito, atribuindo-se uma proteção jurídica à personalidade humana, de natureza penal, que se consolidou com o *hybris*.¹¹

Apesar de a doutrina tradicional atribuir aos romanos a elaboração da teoria jurídica da personalidade, a maioria dos autores afirma que o direito romano não se preocupou com a tutela dos direitos da personalidade. Tobenas assevera que a proteção da personalidade individual na antiga Roma não se dava de forma sistemática como concebida atualmente, mas se apresentava por meio de manifestações isoladas. Ao citar Galan, assevera que: “[...] a consciência ôntica e ética do homem como personalidade é algo desconhecido do mundo greco-romano”.¹²

A proteção da personalidade no direito romano era garantida pelo *actio iniuriarum*. No início, a *actio iniuriarum* apenas tutelava as ofensas dirigidas diretamente à pessoa como tal (que atingissem a integridade física ou a vida), mas, com o desenvolvimento da civilização, ocorreu uma expansão gradual do alcance dessa ação, que passa a proteger a pessoa em suas relações concretas, em que se objetive atingi-la pelo desrespeito em relação aos seus direitos.¹³

Na época clássica, a proteção da personalidade contou, ainda, com os dispositivos da *Lex Aquilia*, concernentes, em um primeiro momento, à proteção frente a lesões praticadas contra os escravos e, posteriormente, por ação dos pretores, à tutela da integridade física de pessoas livres. A *Lex Cornelia*, promulgada em 81 a.C., tutelava a violação de domicílio e as injúrias com agressões físicas,¹⁴ enquanto a *Lex Fabia* se apresentou como meio processual para a defesa de direitos inerentes à personalidade.¹⁵

A proteção da personalidade humana em Roma, realizada pelo *actio iniuriarum*, não se apresentava na mesma amplitude e da mesma maneira da que se concebe atualmente. Isso se deu em virtude das diferenças existentes quanto à organização social do povo romano, afastado da visão individualista de pessoa que se tem hodiernamente, da ausência total de pesquisas médicas que se testemunham no

¹¹ SZANIAWSKI, 2005, p. 25.

¹² TOBENAS, José Castan. **Los Derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, p. 9.

¹³ SOUSA, 1995, p. 53.

¹⁴ Ibid., p. 53-54.

¹⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e o direito ao próprio corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 22.

presente e da ausência de desenvolvimento tecnológico que pudesse vulnerar as distintas emanações da personalidade humana. Assim, pode-se vislumbrar o que virá a ocorrer com a *iniuriarum*, as diretrizes de uma teoria de proteção à personalidade, de modo a fazer com que os romanos passassem a respeitar a honra e a dignidade humana, realidade que acabou por se consolidar no Cristianismo.¹⁶

2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE DA ERA MEDIEVAL

O advento do Cristianismo contribuiu para o reconhecimento dos direitos da personalidade, com o surgimento da noção de pessoa humana fundamentada na dignidade, sendo a base moral dos direitos da personalidade individual, com fulcro no conceito de fraternidade universal. Segundo Luño pena: “[...] el Cristianismo representa y constituye la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana, mediante la idea de una verdadera fraternidade universal que implica la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas individuales y sociales”.¹⁷

O Cristianismo aquilata o ser humano em individualidade, pregando a igualdade entre todos os homens. A noção de dignidade se originou na compreensão cristã de pessoa como “[...] substância racional e no princípio da imortalidade da alma e da ressurreição do corpo”. Para Santo Tomás de Aquino, a racionalidade torna o homem um princípio de ação autônomo, sendo o pressuposto de uma dignidade; assim, a pessoa é o que é revestida de dignidade e a dignidade se identifica com a liberdade, ideia que chegou a influenciar o pensamento político da Idade Média, afirmando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como incondicional, permanente e ativo.¹⁸

A Magna Carta de 1215, a despeito de não ter sido revestida de natureza constitucional, representou um símbolo das liberdades públicas, base para o desenvolvimento do sistema constitucional inglês e serviu de alicerce para que dela

¹⁶ GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982, p. 22.

¹⁷ LUNO, 1947, p. 342 apud TOBENAS, 1952, p.15.

¹⁸ SZANIAWSKI, 2005, p.15.

fossem retirados pelos juristas da época os fundamentos da ordem jurídica democrática.¹⁹

Assinada na Inglaterra em 1215 e tornada definitiva em 1225, a *Magna Chartum Libertatum* foi obtida pelos aristocratas ingleses do Rei João Sem-Terra, o qual se encontrava politicamente enfraquecido. Apesar de seu conteúdo versar sobre direitos corporativos, consagrou-se como o fundamento de vários documentos ingleses de direitos fundamentais, abraçando o entendimento da existência de direitos que nem o Estado pode violar. Foram abolidos os direitos estamentais e os privilégios, reconhecendo-se a existência de um direito comum e válido de forma universal, sendo os direitos intrínsecos à vida em sociedade.²⁰

Na Idade Média, contudo, a concepção jurídica fundamentada na ideia de direito como ordenação total da vida não sentiu a necessidade de conceder muita importância aos direitos naturais da pessoa, panorama que se alterou com o renascimento.

2.3 DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA IDADE MODERNA

Foi no renascimento que começou a se entender, de maneira conveniente, a afirmação da independência da pessoa e a intangibilidade dos direitos humanos, além de principiarem a surgir as construções jurídicas relacionadas a essas concepções. Os juristas da época formularam uma teoria com base na figura do *potestas in se ipsum o ius in corpus*, que constituiu um indício da moderna teoria dos direitos da personalidade. Surgiram as primeiras noções de direito subjetivo como estruturas da vontade humana e a presença de um poder de vontade individual. Além da doutrina do *potestas in se ipsum*, a construção da doutrina dos direitos naturais foi responsável pela exaltação dos direitos da personalidade a partir do século XVII, considerados aqueles como inerentes ao homem, relativos à sua natureza, que se encontram ligados à pessoa de forma indissolúvel e que são preexistentes ao reconhecimento estatal.²¹

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

²¹ TOBENAS, 1952, p. 15.

O sistema antropocêntrico da Escola do Direito Natural desenvolveu no campo jurídico ideias humanistas de base voluntária e individualista, destacando a prioridade do direito natural sobre o direito positivo, pautado nos direitos originários, inatos e irrenunciáveis do homem, desfazendo-se das ideias medievais de poder e direito, o qual era disputado entre a igreja e os monarcas.²²

O desenvolvimento do humanismo levou os filósofos a pensarem sobre a qualidade do homem em suas relações com os demais indivíduos, com a sociedade política e com os governantes, procurando o estabelecimento de um ideal de justiça.

À doutrina do direito natural, atribui-se o desenvolvimento da concepção da proteção dos direitos individuais do homem e da ideia de dignidade da pessoa humana que, posteriormente, culminou com a elaboração da teoria do direito geral de personalidade na metade do século XX.²³

A Declaração de Direitos, ou *Bill of Rights*, originou-se da Revolução de 1688, que depôs a realeza com base no direito divino e estabeleceu na Inglaterra a monarquia constitucional submetida à soberania do povo. O chamado *Bill of Rights*, em que se firmou a preeminência do Parlamento e se limitou o poder dos monarcas, criando a monarquia constitucional, teve grande relevância no reconhecimento da proteção aos direitos humanos fundamentais e, em conjunto com as ideias de Locke, influenciou, de forma ideológica, o surgimento das democracias liberais dos séculos XVIII e XIX em toda a Europa e na América.²⁴

Apesar de não se constituir em uma declaração de direitos no sentido moderno, isto é, de documentos que iriam surgir apenas posteriormente com as revoluções americana e francesa no século XVIII, o *Bill of Rights* foi o documento histórico mais importante na Inglaterra que contribuiu para a formação de normas de proteção aos direitos humanos de natureza consuetudinária.²⁵

O reconhecimento estatal da proteção da pessoa humana se originou no liberalismo desenvolvido no final do século XVII, na Inglaterra, como decorrência da adoção da monarquia constitucional e da limitação do poder do monarca pelo Parlamento, representante da soberania popular, tendo, posteriormente, influenciado as Declarações de direitos da América do Norte e a Constituição de 1787.²⁶

²² SOUSA, 1995, p. 65.

²³ SZANIAWSKI, 2005, p. 39.

²⁴ SILVA, 2005, p. 153.

²⁵ Ibid., p. 152.

²⁶ SZANIAWSKI, 2005, p. 39.

Inspirada nas ideias de Locke, Rousseau e Montesquieu, e colocada em prática por James Madison e George Mason, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 consubstanciou os fundamentos dos direitos do homem, preocupando-se com a composição de um governo democrático, dotado de um sistema de separação e limitação do poder, consistindo na primeira declaração de direitos fundamentais no sentido moderno. As declarações anteriores somente objetivaram restringir o poder do monarca, tutelar os indivíduos e estabelecer a preeminência do Parlamento, enquanto as declarações modernas implicavam restrições ao poder estatal enquanto tal, guiadas pela fé da existência de direitos naturais e imprescritíveis.²⁷

Em seu preâmbulo, afirma que os homens seriam livres e independentes por natureza e deveriam ter garantidas a vida e a liberdade próprias, na busca da felicidade e da segurança, colocando-se o direito como base e fundamento do governo.

Logo em seguida, em 04/07/1776, a Declaração de independência das 13 Colônias, de autoria de Thomas Jefferson, também adotou as ideias liberais e os princípios de liberdade e proteção da pessoa.

A teoria dos direitos inatos desenvolvida pela Escola do Direito Natural se unia a uma série de reivindicações políticas que acabou por culminar em uma doutrina política de caráter revolucionário: a dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Com base nos ensinamentos de Rousseau, Montesquieu, Voltaire, entre outros, a Assembleia Nacional Francesa derrubou a monarquia absolutista e estabeleceu em 1789 o Estado liberal pautado no individualismo, adotando, em 27 de agosto de 1789, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, que preconizava a existência de direitos naturais, preexistentes ao Estado, não por este instituídos, mas reconhecendo a sua existência.²⁸

Assim, foi inicialmente no âmbito do direito político que os direitos da personalidade tiveram o seu reconhecimento legislativo.

A Escola Histórica e o positivismo jurídico do século XIX negaram a concepção da existência de direitos inatos e originários, inerentes à pessoa enquanto tal, contribuindo para a estagnação da proteção da personalidade humana, que perdurou até meados do século XX.

²⁷ SILVA, 2005, p. 154.

²⁸ TOBENAS, 1952, p. 12.

Para os seguidores da Escola Histórica, os direitos do homem decorreriam da conquista e desenvolvimento do processo evolutivo da civilização. A proteção da pessoa humana seria apenas aquela decorrente de reflexos do direito objetivo, que tutelaria algumas emanções da personalidade, negando a existência de uma categoria autônoma de direitos da personalidade, não reconhecendo a natureza de direito subjetivo aos ocasionais atributos enumerados na lei.²⁹

Por outro lado, o incremento do positivismo jurídico objetivou afastar da jurisprudência tudo o que fosse relacionado a juízos de valor e noções metafísicas da ciência jurídica, considerando o Estado como o único responsável pela formação do direito, fonte exclusiva do direito positivo. Apenas poderiam ser considerados direitos da personalidade os reconhecidos expressamente pela lei, exclusivos e reais direitos subjetivos dignos de tutela estatal. Dita corrente positivista realça a importância apenas de certos direitos especiais de personalidade tipificados e reconhecidos pelo Estado, como o direito ao nome, à integridade física, à honra, rechaçando a ideia de um direito geral de personalidade. A transformação do direito natural, universal e absoluto em direito positivo acabou por criar um verdadeiro vazio valorativo.³⁰

A proteção do ser humano nesse período, em que se verificou uma sistematização cerrada do direito, era realizada, no campo das violações efetuadas pelo poder público, por meio de reconhecimento dos direitos fundamentais constantes das declarações de direitos internacionais e reproduzidos nas diversas Constituições, enquanto, na seara do direito privado, a proteção se limitava a alguns direitos da personalidade multifacetados e reconhecidos pela lei.³¹

Na época da elaboração dos códigos, a influência do individualismo levou o legislador a se preocupar com o reconhecimento de direitos humanos apenas no âmbito do direito público, não se importando com seu resguardo e tutela no campo privado.

O *Code Napoléon*, editado na França em 1804, não divisou expressamente a proteção aos direitos da personalidade, incluindo apenas, em seu artigo 166, a norma prevendo a possibilidade de o credor exercer todos os direitos e ações do devedor, com exceção dos exclusivamente ligados à pessoa. Os códigos que sofreram

²⁹ SZANIAWSKI, 2005, p. 42.

³⁰Ibid., p. 81.

³¹Ibid., p. 44.

influência francesa, como o nosso Código Civil de 1916, não dispuseram expressamente sobre a proteção aos direitos da personalidade.³²

Rodrigues destaca que os primeiros diplomas que passaram a tratar especificamente a respeito dos direitos da personalidade são leis belga de 1886, sobre o direito do autor, e a lei romena de 1895, que versava sobre o direito ao nome. Os primeiros Códigos que trataram da matéria, ainda assim com nomenclatura diversa da conhecida atualmente, foram o Código Austríaco de 1810, o Português de 1867, o Alemão de 1896 e o Suíço de 1907. Diverso foi o tratamento dado à matéria pelo Código italiano, em 1942, que dispôs sobre o assunto de forma sistemática, disciplinando diversos direitos da personalidade: o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, incluindo a sua tutela e a tutela ao pseudônimo, bem como o direito à imagem. O Código Italiano serviu de inspiração a diversos outros códigos editados em seguida, sendo responsável pela proliferação das ideias da necessidade de reconhecimento e proteção aos direitos da personalidade.³³

O primeiro diploma a positivar especificamente os Direitos da Personalidade foi a Lei Romena de 18 de março de 1895. Em 1900, entra em vigor o Código alemão, que cuida do Direito ao Nome. Em 1907, é publicado o Código Civil Suíço que, em seus artigos 29 e 30, aponta também para a necessidade de preservação do nome, atributo da personalidade humana. A partir da vigência do Código Civil Italiano, em 1942, confere-se nova ênfase aos Direitos da Personalidade. Em seis artigos do livro I, o diploma em comento cuida *delle persone e della famiglia*. Regulamenta, com isso, vários aspectos da personalidade, a saber: direito ao próprio corpo (art. 5º), direito ao nome (art. 6º) e sua tutela (art. 7º), sua tutela por razões familiares (art. 8º), direito ao pseudônimo (art. 9º) e direito à imagem, registrado no artigo 10.³⁴

No Brasil, o Código Civil de 1916 se espelhou no modelo Frances e tão somente algumas normas se referiam às especificidades dos direitos da personalidade. Assim, regrava-se o direito à imagem, preservava-se o segredo da correspondência, resguardavam o direito moral do autor. Tais direitos viriam a ser

³² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³³ RODRIGUES, Silvio. Direitos da Personalidade. **Revista do advogado**, n. 19, p. 55-56, out. 1985.

³⁴ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry. **Ensaio sobre direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

revogados pela Lei nº 9.610 de 1998, que ficaria conhecida como a Lei dos Direitos Autorais.³⁵

A alteração do Código Civil brasileiro, por meio da Lei nº 10.406, de 05 de janeiro de 2012, passou a contemplar os Direitos da Personalidade em seus artigos 11 ao 21, pois, no Código Civil de 1916, esses direitos não foram tutelados.

O tratamento dispensado pelo Código Civil ao direito da personalidade demonstra que não estão compreendidas as figuras mais significativas, como o direito à vida, ao desenvolvimento da personalidade e à liberdade. Verifica-se que os direitos que estavam disciplinados na Constituição Federal não são retomados, dando-se relevo no Novo Código Civil às figuras que não se destacam perante uma carta política, como o direito ao nome e o direito à imagem.³⁶

Ao ter a noção de que a pessoa é o fundamento e o fim do direito, pode-se destacar que não são todos e quaisquer direitos que disciplinam aspectos pessoais que podem ser tratados como direitos da personalidade.

O ponto fundamental de destaque para a compreensão dos direitos da personalidade é a proteção da dignidade humana como veremos adiante. A Constituição Federal Brasileira dispõe como fundamento da República, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana, tal qual a Constituição Alemã, que estabelece, também em seu art. 1º, que o direito à dignidade humana é inviolável.³⁷

2.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A segunda Guerra Mundial se caracterizou por ter causado o sofrimento e a morte de milhares de seres humanos. Após o fim da guerra, a Carta de São Francisco criou, em 26 de junho de 1945, a Organização das Nações Unidas, visando a resgatar as noções de direitos humanos que haviam sido esquecidas durante o conflito, em que se verificou o cometimento das piores espécies de atrocidades e barbáries, em absoluto desrespeito aos mais básicos direitos dos seres humanos. A carta apresentou uma preciosa colaboração ao estabelecer como um dos objetivos

³⁵ FRANZAK, Ângela Mara; CASARA, Clodoaldo José. Direitos da personalidade - direito à imagem. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, Ano XII, n. 71, dez. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7024&revista_caderno=7. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁶ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

³⁷ **Constituição Alemã**, art. 1º: "Die wurde des Menschen ist unantastbar".

primordiais da ONU a promoção dos direitos humanos, estendendo a relação entre os Estados e seus habitantes para o âmbito internacional.³⁸

Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada por resolução da 3.^a sessão ordinária da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consistindo no primeiro documento de caráter internacional destinado não apenas aos Estados, mas à integralidade de pessoas de todos os Estados e territórios do mundo, mesmo dos que não tenham assinado a Declaração, atribuindo um caráter universal às questões relacionadas aos direitos humanos e às suas infrações.³⁹

A Declaração de 1948 se apresenta como uma resposta da comunidade internacional à ruptura totalitária e à constatação de que o direito do ser humano à hospitalidade universal só se tornaria viável se dotado de uma tutela universal.⁴⁰

Em seu artigo 12, a Declaração Universal apresenta um postulado que reconhece expressamente a proteção que a lei deve dar contra as violações ao direito à intimidade e à honra, direitos da personalidade, asseverando que ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, domicílio ou correspondência, nem de ataques a sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não contém, originalmente, caráter vinculante, por não ter tomado a forma de um tratado, sendo instituída em forma de declaração, uma recomendação de maior solenidade, utilizada em raras ocasiões relacionadas a matérias de grande importância, em que se espera o máximo comprometimento moral e político dos partícipes.⁴¹

A aprovação do Pacto da ONU sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em dezembro de 1966, conferiram força jurídica vinculante ao reconhecimento dos direitos humanos no plano do direito internacional, compondo a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

³⁸ ARZABE, Patrícia Helena e GRACIANO, Potyguara Gildoassu. **Declaração Universal dos Direitos Humanos 50 anos:** Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. Grupo de trabalho de direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 251.

³⁹ ARZABE, 1998, p. 245.

⁴⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

⁴¹ ARZABE, op. cit., p. 252.

Os Direitos da Personalidade se referem às faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.⁴²

Desse modo, os Direitos da Personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, sua integridade intelectual e sua integridade moral.⁴³

Para Amaral, os Direitos da Personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.⁴⁴

Nos ideários de Farias e Rosenvald⁴⁵, os autores consideram os Direitos da Personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Em suma, são direitos essenciais à pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Na acepção de Gagliano, seriam os Direitos da Personalidade aqueles direitos que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.⁴⁶

Pelos conceitos expostos, observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que visa proteger tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Resumindo: afirma-se que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade. Didaticamente, afirmamos que, na visão civil-constitucional, assim como os direitos da personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal.⁴⁷

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam se denominar direitos da personalidade. Entretanto, na linguagem jurídica, essa designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função,

⁴² FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

relativamente à personalidade, especial, constitui o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo.⁴⁸

Para Savigny⁴⁹, existem certos direitos sem os quais para a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto, direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para um indivíduo, o que equivaleria ponderar que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São estes os denominados direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade, com o seu carácter essencial, são direitos inatos, mas não se reduzem ao âmbito deles. Os direitos inatos são todos eles direitos da personalidade, mas pode se verificar a hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade e que, uma vez revelados, adquirem carácter de essencialidade.⁵⁰

Os direitos da personalidade são subjetivos, ou seja, oponíveis *erga omnes* (se aplicam a todos os homens). São aqueles direitos que a pessoa tem para defender o que é seu, como: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade, a autoria, a imagem e outros.

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam; é, pois, o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

2.4.1 Classificação Dos Direitos Da Personalidade

As classificações dos direitos da personalidade apresentadas pelos autores em uma tentativa de sistematização da temática são divergentes. As legislações que tratam da matéria de forma expressa também apresentam critérios diversos para a

⁴⁸ CUPIS, 2004, p. 39

⁴⁹ SAVIGNY. 1886, p. 77

⁵⁰ CUPIS, op. cit., p. 44

sua especificação. Passamos, agora, a apresentação de algumas das classificações elaboradas.

Szaniawski assevera que a categoria dos direitos de personalidade era conhecida desde a Grécia antiga, florescendo a acepção de direito geral de personalidade entre os séculos III e IV a.C. Ainda destaca que, nesse período, o direito vigente reconhecia cada ser humano possuidor de personalidade e de capacidade jurídicas, definindo-se a capacidade abstratamente.⁵¹

Limongi França apresenta tais direitos de acordo com a seguinte divisão: 1) direito à integridade física: 1.1) Direito à vida: a) à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de proveta etc.); b) ao nascimento (aborto); c) ao leite materno; d) ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina e feminina, pílulas e suas consequências); e) à proteção do menor (pela família e sociedade); f) à alimentação; g) à habitação; h) à educação; i) ao trabalho; j) ao transporte adequado; k) à segurança física; l) ao aspecto físico da estética humana; m) à proteção médica e hospitalar; n) ao meio ambiente ecológico; o) ao sossego; p) ao lazer; q) ao desenvolvimento vocacional profissional; r) ao desenvolvimento vocacional artístico; s) à liberdade; t) ao prolongamento artificial da vida; u) à reanimação; v) à velhice digna; x) relativos ao problema da eutanásia. 1.2) Direito ao corpo vivo: a) ao espermatozoide e ao óvulo; b) ao uso do útero para procriação alheia; c) ao exame médico; d) à transfusão de sangue; e) à alienação de sangue; f) ao transplante; g) relativo à experiência científica; h) ao sexualismo; i) relativo a mudanças artificial do sexo; j) ao débito conjugal; k) à liberdade física; l) ao “passe” esportivo. 1.3) Direito ao corpo morto: a) ao sepulcro; b) à cremação; c) à utilização científica; d) relativos ao transplante; e) ao culto religioso; 2) Direito à integridade intelectual: a) à liberdade de pensamento; b) de autor; c) de inventor; d) de esportiva; e) de esportiva participante de espetáculo público. 3) Direito à integridade moral: a) à liberdade civil, política e religiosa; b) à segurança moral; c) à honra; d) à honorificência; e) ao recato; f) à intimidade; g) à imagem; h) ao aspecto moral da estética humana; i) ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; j) à identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa); k) à identidade sexual; l) ao nome; m) ao título; n) ao pseudônimo.⁵²

Cupis reconhece como direitos da personalidade os seguintes: direito à vida e

⁵¹ SZANIAWSKI, 2005, p. 80

⁵² FRANÇA, R. Limongi. **Manual de direito civil**: volume 1. São Paulo: RT, 1980, p. 412.

à integridade física; às partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver; à liberdade; à honra e ao resguardo; ao segredo; à identidade pessoa; ao título, ao sinal figurativo e o direito moral do autor.⁵³

Gomes divide os direitos da personalidade em: direito à integridade física, que compreende o direito à vida; ao próprio corpo, que se divide em direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas; e o direito à integridade moral, que abrange o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e ao direito moral de autor.⁵⁴

Bittar ressalta que a posição flexível quanto à sua classificação tem a vantagem de permitir o acolhimento de novos direitos que a doutrina e a jurisprudência vêm adicionando à categoria, mas não deixa de fazer a sua própria distribuição, separando-os em: (1) direitos físicos: referentes a componentes materiais da estrutura humana (integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem ou efígie); (2) direitos psíquicos: relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo a liberdade, a intimidade e o sigilo); e (3) direitos morais relativos a atributos valorativos da pessoa em sociedade (patrimônio moral; compreendendo a identidade a honra e as manifestações do intelecto).⁵⁵

Podemos notar a partir da análise das classificações apresentadas que, apesar de os autores discordarem quanto à inclusão de certos direitos como pertencentes à categoria dos direitos da personalidade e mesmo quanto à sua classificação, existem os direitos que são reconhecidos de forma unânime por todos os doutrinadores, consistindo em pontos de convergência entre as distintas opiniões esboçadas e que, talvez, possam levar a uma classificação e estrutura definitiva ou ao menos permitir a verificação de pontos comuns entre as diversas tentativas de sistematização.

Todavia, a sua classificação pelos autores não deve impedir o reconhecimento de outros direitos da personalidade que venham a exigir proteção, especialmente diante do surgimento de novas tecnologias no campo da biociência, como as aplicáveis à reprodução humana, por se tratar de direito inatos e inerentes à natureza do homem em si considerado e em suas manifestações. O homem é um ser em constante mutação, que desenvolve e descobre novas tecnologias que podem ser de

⁵³ CUPIS, 2004, p. 11.

⁵⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 158.

⁵⁵ BITTAR, 2004, p. 17.

grande valia para o seu conforto e evolução, mas que, por outro lado, podem vulnerar alguns aspectos de sua natureza e emanações de sua personalidade.

Os direitos da personalidade não são estanques e as classificações apresentadas não podem exaurir o rol desses direitos, devendo se admitir a sua ampliação para englobar todas as novas manifestações decorrentes da evolução das tecnologias científicas para a proteção da personalidade, decorrendo, daí, que os direitos da personalidade são ilimitados, admitindo-se o ingresso de novos direitos, ainda que se constituam em subespécies ou derivações dos direitos já admitidos.

Perlingieri defende que a personalidade é um valor, isto é, que está no fundamento de uma série aberta de diversas situações existenciais, nas quais se verifica a sua necessidade de proteção. A proteção é do valor da pessoa, sem limites, excepcionados os estabelecidos em função de seu próprio interesse e no de outras pessoas; por essa razão, não há como se conceber um número fechado de hipóteses tuteladas.⁵⁶

Nesse ponto, merece destaque a temática do encarceramento em massa que ocorre atualmente no país e é um potencial violador de direitos da personalidade. Assim, tais direitos não podem estar sujeitos a uma numeração exaustiva, limitação que acabaria por excluir a proteção em relação a novas situações que surgissem em decorrência de que, a cada dia, o número de presos somente aumenta no sistema penitenciário.

Ao partilhar do posicionamento adotado por Paulo Luiz Netto Lôbo, entendemos que os direitos da personalidade seriam dotados de uma tipicidade aberta, sendo a previsão legal dos direitos da personalidade meramente enunciativa, não exaurindo as hipóteses de proteção à personalidade pelo ordenamento jurídico.⁵⁷

Ao discordar das classificações que entendem os direitos da personalidade como oriundos do fracionamento da categoria em vários tipos, consoante às manifestações da personalidade do indivíduo, concebeu-se a doutrina do Direito Geral da Personalidade, que entende os direitos da personalidade como uma categoria concebida de forma unitária, atípica, composta por um único direito que deriva da natureza humana, tendo entre os seus expoentes Rabindranath Valentino Aleixo

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordenamento giuridico**. Camerino: Jovene, 1972.

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, v. 49, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

Capelo de Sousa, o qual defende a existência do direito geral da personalidade, no direito Português, afirmando que o objeto protegido pelo direito geral de personalidade abrangeria o entendimento da personalidade humana como uma cláusula geral, juridicamente resguardada.

Apesar de aumentar a incerteza e a indefinição no tocante a esses direitos em razão da adoção da cláusula geral, o autor defende que os sistemas jurisprudenciais valorativos permitiriam a aplicação para as situações novas e complexas que surgissem.⁵⁸

Perlingieri, ao analisar o ordenamento jurídico italiano, entende que o artigo 2 da Constituição Italiana, o qual se refere à tutela dos “direitos invioláveis do homem”, exprimiria uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, permitindo estender a proteção a situações não previstas expressamente. Dessa forma, não poderá ser negada tutela a alguém que invoque garantias acerca de um aspecto de sua existência que não esteja expressamente previsto, em virtude de o referido interesse já contar com uma importância no plano do ordenamento jurídico que, conseqüentemente, leva à proteção em nível judicial.⁵⁹

Na doutrina brasileira, o reconhecimento de uma cláusula geral de tutela da personalidade ocorreu por meio de Elimar Szaniawski, que defende a adoção, pela Constituição Federal, de uma cláusula geral de proteção e desenvolvimento da personalidade como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional pátria, que tutela o direito geral da personalidade por intermédio do princípio da dignidade da pessoa, o qual consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.⁶⁰

O reconhecimento e a defesa da adoção ao sistema de tipicidade aberta em relação aos direitos da personalidade não se apresentam incompatíveis com o sistema de cláusula geral de proteção que, de forma paralela à tipicidade social admitida, constitui as barreiras mais vastas da consideração dos tipos, razão pela qual se entende que o direito brasileiro teria adotado um sistema de proteção misto, consistente no reconhecimento de uma cláusula geral de proteção da personalidade ao mesmo tempo em que tipifica direitos especiais de personalidade que se

⁵⁸ SOUSA, 1995, p. 93.

⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁰ SZANIAWSKI, 2005, p. 137.

encontram expressos tanto na Constituição Federal como na legislação civil.⁶¹

O direito geral da personalidade apresentar-se-ia como um direito matriz em que se fixariam direitos particulares de personalidade relativamente independentes, coexistindo paralelamente como consolidações individuais da proteção geral da personalidade, vindo a englobar novas áreas de importância da personalidade e proteger contra novas ofensas, ao admitir a tutela de novos valores e bens, continuamente considerando a necessária proteção à personalidade seja em uma perspectiva atual, futura, estática, dinâmica, previsível ou imprevisível.⁶²

Os direitos da personalidade, em nossa lei civil e em nossa Carta Maior, também receberam uma classificação, que assim restou definida:

1) Direito à integridade física: CC/02, artigos 13, 14 e 20. Condenando-se a tortura, atendendo a saúde, lesão corporal, abandono de incapaz etc. Exemplos: voz, cadáver, imagem, corpo, partes separadas, alimentos, entre outros.

2) Direito à integridade psíquica: CC/02, artigo 21, separa o desenvolvimento moral de suas faculdades mentais, condenando-se tortura mental, lavagem cerebral e técnicas de indução ao comportamento. Exemplos: privacidade (intimidade), liberdade, sigilo, sociabilidade, entre outros.

3) Direitos morais: contido na CRFB/88, no artigo 5, também denominado direito à reputação, o direito moral tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. Exemplos: honra, educação, emprego, habilitação e produções intelectuais.

2.4.2 Características Dos Direitos Da Personalidade

Como não poderia deixar de ser, em razão de seu objeto consistir nos bens mais supremos da pessoa humana, os direitos da personalidade possuem caracteres peculiares, que aguçam os seus traços diferenciadores em relação a outros direitos.

Os direitos da personalidade são dotados de características especiais, na medida em que são destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental. Constituem, segundo Bittar, “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais,

⁶¹ LÔBO, 2001, p. 131

⁶² PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*".⁶³

O nosso Código Civil apenas faz referência a três características dos Direitos da Personalidade:

1) Intransmissibilidade: são direitos que não podem ser transferidos a outra pessoa. São intransmissíveis, pois não se admite a alteração do sujeito ativo, ainda que por vontade de seu titular, sendo impossível a transmissão dos direitos da personalidade a outrem. Essa característica resulta da natureza do objeto desses direitos, que possui uma conexão orgânica com o seu sujeito, sendo inseparável em razão da inadmissibilidade arraigada na própria natureza das coisas.⁶⁴ É fácil perceber que a vida, a integridade física e a honra de alguém não podem ser transmitidas à terceira pessoa por uma impossibilidade decorrente da própria relação que se estabelece entre a pessoa e o objeto desses direitos. Da sua intransmissibilidade, decorrem outros caracteres essenciais como a sua impenhorabilidade, a sua inalienabilidade e a impossibilidade de expropriação.

O caráter intransmissível dos direitos da personalidade determina que eles não podem ser objeto de cessão e, até mesmo, de sucessão, por ser um direito que expressa a personalidade da própria pessoa do seu titular e que impede a sua aquisição por um terceiro por via da transmissão.

2) Irrenunciabilidade: são direitos que não podem ser renunciados, ou seja, ninguém pode dizer que não quer mais fazer uso dos seus direitos, pois a pessoa não pode abdicar de seus direitos da personalidade, mesmo que não os exercite por longo tempo, uma vez que eles são inseparáveis da personalidade humana. Contudo, apesar de o direito da personalidade não ser renunciável, o seu exercício pode ser restringido em alguns casos, sem que haja a perda do direito e restabelecido a qualquer tempo.⁶⁵

3) Indisponibilidade: são direitos que ninguém pode usar como bem entender. Os direitos da personalidade são, a princípio, indisponíveis, mas essa característica é relativa, comportando atenuações, já que, em relação a alguns direitos, admite-se a disponibilidade, como é o caso do direito autoral e do direito à imagem, que admitem

⁶³ BITTAR, 2004, p. 101.

⁶⁴ CUPIS, 2004, p. 55.

⁶⁵ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

a disposição mediante acordos realizados, a fim de permitir a sua utilização por terceiros, nos exatos limites ditados pelo titular do direito e, no mais das vezes, mediante remuneração, ou mesmo a título gratuito, em atos de disposição do próprio corpo ou de órgãos para fins de transplante.

Essa disponibilidade decorre da natureza peculiar desses direitos da personalidade, em que o próprio titular do direito possui interesse no ato de disposição ou mesmo em decorrência da existência de interesse público, que justifica a atenuação, sem que haja violação ao objeto primordial da proteção.⁶⁶

Há, também, outras características propostas pelos doutrinadores.⁶⁷

1) Originalidade: são direitos inatos ao ser humano e assegurados desde a formação do nascituro.

2) Extrapatrimonialidade: são direitos que não podem ser mensurados, atribuídos valores para o comércio jurídico, mas há a autorização de uso de determinados direitos personalíssimos para que o seu titular possa obter algum proveito econômico. São extrapatrimoniais ou não pecuniários, uma vez que não podem ser suscetíveis de aferição econômica ou pecuniária. Uma vez violados, a indenização pela sua lesão deverá ser pelo equivalente, se não for possível o retorno ao status quo antes ou a reparação *in natura*.⁶⁸

Conforme nos elucida Cuspis: “A equivalência entre o direito à indenização pelo dano e o direito lesado da personalidade é uma equivalência de caráter indireto. Essa equivalência não pode ser mais do que um reflexo da equivalência entre os respectivos objetos; ela não subsiste diretamente entre a soma de dinheiro atribuído a título de indenização, e a vida, a integridade física e outros, mas, sim, entre aquela soma e os bens que estas últimas possam fazer conseguir ao sujeito”.⁶⁹ Dessa feita, subsiste o caráter não pecuniário dos direitos em estudo, apesar de patrimonialidade do direito decorrente da indenização.

3) Vitalícios: são direitos que permanecem até a morte; há, também, os que ultrapassam a existência física da pessoa, o *post mortem*, o direito ao cadáver e as

⁶⁶ BITTAR, 2004, p. 12.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**. Parte Geral, 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2007, v. 1.

⁶⁸ DINIZ, 2005, p. 254

⁶⁹ CUPIS, 2004, p. 36-37.

suas partes separadas e o *ad eternum*, direito moral do autor, direito à imagem, direito à honra.

Tornam-se necessários por serem inatos e relativos à natureza humana, jamais podendo ser suprimidos, e são vitalícios, visto que perduram durante toda a vida do titular, extinguindo-se com a sua morte, mas essa extinção não é total, já que alguns prolongam seus efeitos mesmo após o falecimento do titular. É o que verificamos, por exemplo, em relação ao direito à honra e ao direito moral de autor, que merecem proteção mesmo após a morte.

4) Oponibilidade: são direitos absolutos e devem ser defendidos contra qualquer pessoa, além de serem respeitados pela coletividade e assegurados pelo Estado.

5) Impenhorabilidade: são direitos que não podem ser utilizados para o pagamento de obrigações.

6) Imprescritibilidade: são direitos que não têm “prazo de validade”. Podem e devem ser defendidos em juízo ou fora dele a qualquer tempo.

São imprescritíveis, pois não se extinguem pelo não uso, bem como pela inércia em sua defesa.⁷⁰ Como pontifica Adriano de Cupis: “Os direitos da personalidade devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular”.⁷¹ São também irrenunciáveis, não sendo passíveis de supressão por vontade de seu titular.

7) Absolutismo: o caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua oponibilidade *erga omnes*. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter geral.

8) Não limitação: é ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, artigos 11 a 21, referindo-se expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível se imaginar um *numerus clausus* nesse campo.

Consoante ao que já fora pontificado, são ilimitados, por não se restringirem aos já reconhecidos, bem como pela impossibilidade de se estabelecer um rol restrito entre direitos. Maria Helena Diniz afirma que: “Não se resumem eles ao que foi arrolado normativamente, nem mesmo se poderá prever, no porvir, quais direitos da

⁷⁰ GOMES, 1988, p. 158.

⁷¹ CUPIS, op. cit., p. 66.

personalidade serão, diante das conquistas biotecnológicas e do progresso econômico-social, tipificados em norma”.⁷²

No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão, ao tratar do reconhecimento de concretos direitos de personalidade em regime de *numerus apertus*, explica que “a defesa da personalidade não pode estar dependente de previsão legal”. O que for verdadeiramente uma emanção da personalidade humana tem de ser reconhecido por todos, porque a personalidade é a própria base comum do diálogo social. Pode, por isso, ser atuado um direito não tipificado por lei, mas que se reconheça por ser imposto pelo respeito à personalidade humana.⁷³

9) Não sujeição à desapropriação: os direitos de personalidade não são suscetíveis de desapropriação, por serem inatos a se ligarem à pessoa humana indestacável.

Nota-se que as propostas dos doutrinadores que não constam do Código Civil acabam por se misturar, ou melhor, acabam por chegar em uma mesma definição das características que estão elencadas no corpo do Código Civil, atingindo, dessa forma, o objetivo que o legislador pretendia, o qual era e é tutelar o ser humano e sua dignidade frente aos particulares e ao próprio Estado.

2.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não podemos olvidar que, dentre o rol não exaustivo dos direitos de personalidade, aquele que se destaca em primeiríssimo lugar é o direito à vida. Trata-se do valor máximo que se pode extrair do ordenamento jurídico brasileiro, cuja inviolabilidade está escrita como cláusula pétrea. Atribui-se à vida humana tamanho valor que a todos os demais direitos fundamentais e todas as demais criações legais deverão respeitá-la e tê-la como inspiração.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho, a vida é o direito mais precioso do ser humano. Sem ela, nada existe, sendo advento de seu termo final a única certeza absoluta de toda humanidade. A concepção de um direito à vida implica o

⁷² DINIZ, 2005, p. 124.

⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira (org.). **Estudos de direito da bioética**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 127.

reconhecimento estatal da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida.⁷⁴

Após escrever a sua obra “Ciência Política”, Miranda⁷⁵ destaca que os direitos fundamentais são os direitos de personalidade no Direito público e os direitos da personalidade são, no entanto, os direitos fundamentais no Direito privado. Sobre a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, professora o autor que eles são distintos no sentido, na projeção, na perspectiva de uns e outros direitos. Assim, compreende-se: os direitos fundamentais pressupõem relações de poder; já os direitos de personalidade pressupõem relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre particulares. Os direitos de personalidade, todavia, têm uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta a dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional e os direitos de personalidade ao do Direito civil.

Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa, os direitos distintivos da personalidade e muitos direitos de liberdade de expressão. Tradicionalmente, afastam-se dos direitos da personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos de prestação, por não serem atinentes ao ser como pessoa.⁷⁶

Como se pode perceber, a previsão no Código Civil é importante para os Direitos da Personalidade, mas não encerra o assunto. Consideramos a importância da previsão por termos consciência de que a prática jurídica no Brasil é marcada pela confluência de regras, motivo pelo qual não os princípios têm aceitação pacífica. Conquanto o discurso da máxima cogência e normatividade seja da seara comum, a prática é de um direito subsuntivo. Sendo assim, vimos com bons olhos o processo de positivação dos Direitos da Personalidade em código.⁷⁷

Embora nos pareça de bom tom a codificação, pelas razões apostas em notas, temos por plenamente válida a proposição doutrinária no sentido de que os Direitos da Personalidade não se encerram em uma política fechada, como os direitos reais.

⁷⁴ GAGLIANO, 2005, pág. 86.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013.

⁷⁷ GIORGIANNI, Michele. Tramonto della codificazione. La morte del codice ottocentesco. apud DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 6, n. 6, p. 71-99, 2005.

Ainda assim, é de se ter por produtora a reserva de um capítulo próprio para esses direitos no Direito Civil, sobretudo porque marca a vivência de um regime que se diferencia do anterior. Essa consagração, conquanto pudesse ser depreendida do corpo constitucional, permite uma (re)elaboração da dogmática civilística, na qual os Direitos da Personalidade desempenham papel fundamental.⁷⁸

Os Direitos da Personalidade são fundamentais para se entender o momento pelo qual passamos. Isso resta assentado quando se considera que a pessoa foi trazida para o epicentro do sistema jurídico. Sendo assim, não se tem como ignorar o fato de que esses direitos são necessários à realização da personalidade e da Dignidade nas relações jurídicas. São caracteres próprios da pessoa, paulatinamente reconhecidos pela ordem jurídica no decurso da história.

Em contrapartida aos Direitos da personalidade constantes do Código Civil Brasileiro e da nossa Carta Política, a Lei nº 7.210, de 11 de julho 1984, denominada Lei de execuções penais, também tutela tais direitos no tocante àquelas pessoas que se encontram com suas liberdades restringidas pelo Estado, em que protege a integridade física e moral da pessoa presa como abordaremos adiante. Vejamos: Art. 40 – Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.⁷⁹

A proteção aos Direitos da Personalidade e da Dignidade Humana da pessoa presa de modo geral é um problema grave que muitos advogados, estudiosos e instituições enfrentam devido aos vários meios de comunicação sensacionalistas existentes que querem vender a desgraça ao povo. Aliado a isso, o Estado não tem cumprido com o seu papel de ressocializador e não garante aos presos os seus direitos não atingidos pela sentença penal condenatória ou, ainda, aquele que aguarda detido o desfecho do seu processo.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou, de forma inovadora, os direitos e garantias fundamentais, embora sem inovações que se destacassem no aspecto penal e processual penal, além de agrupar garantias usuais da legislação ordinária ao texto constitucional. Com isso, declarou expressamente os postulados penais e processuais penais que se transformaram em garantias

⁷⁸ DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. Madrid: Tecnos, 1988.

⁷⁹BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Casa Civil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 mai. 2015.

importantes na execução da pena, quais sejam: a individualização da pena (art. 5.º, XLVI); a proibição de penas desumanas e cruéis (art. 5.º, XLVII); a distinção de estabelecimentos penais de acordo com a natureza dos delitos, idade e o sexo do condenado (art. 5.º, XLVIII); a garantia de integridade física e moral dos presos (art. 5.º, LIX); as garantias especiais para a mãe lactente presa (art. 5.º, L); a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV); a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV); a proibição de provas ilícitas (art. 5.º, LVI); a comunicação da prisão (art. 5.º, LXII); os direitos do preso a se calar e a ter assistência jurídica e da família (art. 5.º, LXIII).

Ao partir do pressuposto de que os Direitos Fundamentais são os direitos humanos previstos em nossa Carta Magna, em Leis e Tratados Internacionais, ou que decorrem da aplicação destes, que têm eficácia e aplicabilidade imediata, estando pautados no princípio da dignidade humana, esses direitos serão apreciados de forma especial, pois são direitos que estão ligados diretamente ao cumprimento da pena e ao ser humano como destinatário.

No ponto de vista de Sarlet⁸⁰, a dignidade humana estabelece, em qualidade natural e distintiva, que o ser humano seja merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Isso provoca, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como as condições existenciais mínimas garantem para uma vida saudável, quanto propiciar e promover a sua participação ativa e ao partilhar os destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Barroso⁸¹, a dignidade da pessoa humana representa vencer a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente. Tem relação com a liberdade e valores do espírito e com as condições materiais de subsistência da pessoa.

A dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço do refúgio dos direitos individuais; é a dignidade que dá a

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete da Constituição.⁸²

O termo dignidade é algo absoluto e pertence à essência, situando esse conceito como um requisito inerente à condição humana.⁸³

Em 1785, a formulação clássica de Immanuel Kant, o qual afirma que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas e não como um meio, traduz muito bem o que se entende por dignidade da pessoa humana, em que, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.⁸⁴

A nossa capacidade de raciocinar está intimamente ligada à nossa capacidade de sermos livres. Juntas, essas capacidades nos tornam únicos e nos distinguem da existência animal. Elas nos transformam em algo mais que meras criaturas com apetites. Essa capacidade de agir com autonomia, portanto, é o que confere à vida humana sua dignidade especial.⁸⁵

O princípio da dignidade humana, preceito fundamental do Estado Democrático brasileiro, surgiu somente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, e está agrupado com os Direitos e Garantias Fundamentais, que sistematizam as noções básicas e centrais que regulam a vida social, política e jurídica de todo o cidadão brasileiro.

Hodiernamente, busca-se, de modo constante, o reconhecimento dos Direitos Fundamentais, mas a crise vivenciada pelo Estado não permite que eles cumpram com os objetivos entalhados na Constituição cidadã de 1988.⁸⁶ Essa crise reflete em todas as áreas sociais e, principalmente, na seara do Direito Penal, pois o Estado passou a se utilizar da pena e das prisões como principal forma de controle

⁸² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁸³ AQUINO, São Tomás de. **Suma de teologia**. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

⁸⁴ KANT, Immanuel. **Crítica à razão prática**. Digitalização da edição em papel da Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959.

⁸⁵ SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

⁸⁶ MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

e manutenção da ordem, esquecendo-se que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais.⁸⁷

Infelizmente, ainda para uma grande parcela da população, o preso deixa de ser um indivíduo dotado de direitos e passa a ser tratado como objeto, que vive em um mundo separado da realidade, em que a mão pesada do Estado elimina o ser humano dotado de razão à medida que passa a intimidá-lo com o pretexto de manter a ordem e a segurança social.

Essa situação ocorre porque, na maioria das vezes, o preso deixa de ser visto como cidadão que tem assegurado todas as garantias constitucionais pelo simples fato de estar privado de sua liberdade, o que não pode mais ser tolerado em um Estado que se diz democrático de direito. A pessoa presa precisa ser reconhecida como um ser favorecido de dignidade, entendendo esta dignidade como qualidade inerente à essência do ser humano, bem jurídico absoluto, portanto inalienável, irrenunciável e intangível.⁸⁸

Olvidou-se que a liberdade também se trata de um dos mais importantes direitos do homem, que acaba sendo retirado de forma arbitrária quando confrontado com o direito de punir. Há certa dificuldade por parte do Estado em compreender que o próprio Estado somente existe em função da pessoa humana. Jamais pode se omitir que o homem constitui a finalidade precípua e não um meio de atividade estatal.⁸⁹

Todas as constituições brasileiras sempre expressaram as declarações dos direitos humanos, apontando direitos inerentes ao indivíduo no contexto social, político e econômico. Já a Constituição de 1988 teve algo mais expressivo no que se refere à dignidade daqueles que tiveram a liberdade restringida, apresentando um direito mais solidário, visto que tal dignidade jamais poderá ser desconsiderada.

A Carta da República de 1988, como Constituição cidadã que é e muito preocupada com a dignidade humana, consagrou praticamente todos os direitos e assistência dos presos que estão elencados na Lei de Execução Penal em seus

⁸⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁸⁸ SARLET, 2002, pág. 189.

⁸⁹ SCHROEDER, Simone. Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica. *In*: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. Doutrina jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

artigos 11 e 41. Tais direitos tutelados pela Constituição Federal de 1988 estão contidos nos artigos 5 e 6.

Os direitos humanos e sua dignidade vêm sendo tutelados pelas autoridades e estudiosos desde os primórdios dos seres humanos em sociedade, quando o indivíduo pagava as suas penas com o seu corpo, conforme analisaremos adiante.

3 AS PENAS E AS PRISÕES NA ANTIGUIDADE

O aprisionamento de pessoas remonta a época antes de Cristo, mais precisamente 2200 a.C., quando o hebreu José foi injustamente preso por Potifar, o seu Senhor. Outros homens da mesma época também sofreram com o cárcere, assim como Jeremias, João Batista, Paulo e Silas.

Por volta de 1700 a 1280 a.C., o aprisionamento de pessoas se ampliava, pois os escravos egípcios passaram a ser mantidos em cativeiro sob custódia, em que eram obrigados a trabalhar em obra públicas e eram obrigados a trabalhar no cultivo de plantações; assim, o cidadão que não cumprisse com seu compromisso de pagar seus tributos também se tornava escravo.⁹⁰

A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões.⁹¹

Ao se findar o século XVIII, a prisão tinha como finalidade única e exclusivamente custodiar os presos, preservando-os a fim de aguardarem seus julgamentos ou suas execuções, pois, nessa época, muito se recorria à pena de morte e às penas corporais. Nota-se, desde os primórdios, quando o homem começou a viver em comunidade, que o regramento passou a ser necessário e a prisão surgiu com as leis para punir aquele que cometesse algum delito. Dessa forma, a prisão passou a ser uma exigência amarga, mas imprescindível.⁹²

⁹⁰ MISCIASCI, Elizabeth. **A primeira prisão e como surgiram os presídios**. Disponível em: http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

⁹¹ GUZMAN, Luis Garrido. **Manual de ciência penitenciária**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), 1983.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Assim como no Egito, na Grécia, na Pérsia e na Babilônia, o ato de encarcerar tinha como finalidade conter, ou seja, manter sob custódia e torturar os que cometiam faltas ou praticavam o que, para a antiga civilização, fosse considerado delito ou crime. As masmorras também serviam para abrigar presos provisoriamente e, a cada dia, os tipos de encarceramentos e as penas aumentavam e evoluíam como o antigo Egito, na qual a parte culpada pelo pecado era aquela que sofria a pena, como o falsário e o ladrão, que tinham as mãos amputadas.

A definição do termo pena procede do latim *poena* com derivação do grego *poiné*, significando dor, castigo, punição, sofrimento, trabalho, vingança e recompensa. A pena desde o início sempre foi a mão do Estado sobre o indivíduo que não consegue seguir o regramento imposto àquela comunidade em que vive, consistente na restrição ou na privação de um bem jurídico que, na maior parte das vezes, é a liberdade.⁹³

Cada legislação evoluiu e acompanhou as necessidades de sua época, com a finalidade de elucidar os castigos impostos para cada delito previsto. A título de exemplo, podemos mencionar as leis dos hebreus, concedida por Deus a Moisés, o Código de Hamurábi e o de Manu. O Código de Hamurábi foi a primeira reunião de textos de leis escritas que se tem conhecimento na história. Foi proposto pelo rei Hamurábi da Babilônia, por volta do ano de 1750 a.C., sendo pautado na lei de Talião (do latim *lex talionis*: *lex* = lei e *talis* = tal, parêntese), que é uma forma de justiça segundo a qual o ofensor deve sofrer o mesmo mal que causou ao ofendido.⁹⁴

A lei de Talião ou lei de retaliação, mais conhecida pela expressão do olho por olho e dente por dente, pode ser considerada um avanço para as compilações da época, pois sancionava, especialmente, aquele criminoso e não mais punia toda a família daquele que praticava o crime, como era comum àqueles povos. Considerava-se um avanço, também, porque começava a estabelecer um liame causal entre delito e a pena a ser aplicada, pois elencava penas para diversos delitos, com distinção entre homens livres e escravos. Para os casos de delitos criminais, por exemplo, previa-se a pena de compensação, mas, para o furto calamitoso, as chamas. No entanto, a mutilação era infligida de acordo com a natureza da ofensa e da classe social do acusado. Também havia a aplicação da pena pela força, por afogamento ou empalação (por exemplo: espetar pelo ânus uma estaca, deixando, dessa maneira,

⁹³ OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e direitos humanos**. Curitiba: Editora UFPR, 2003.

⁹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, v. 1.

até a morte). Já a mutilação de partes do corpo do criminoso era infligida de acordo com a natureza da ofensa e da classe social do acusado.⁹⁵

A prisão dos criminosos naquela época era travestida de uma necessidade processual, uma vez que o acusado tinha de ser apresentado aos juízes que o sentenciariam e, se fosse condenado, determinariam a aplicação de uma pena corporal, de natureza aflitiva, ou mesmo uma pena de morte, pois, a bem da verdade, as prisões eram destinadas a evitar que os presos fugissem. Caso ocorresse a fuga, não seria cumprida a pena corporal que seria aplicada em caso de condenação, ou mesmo para que fosse torturado, com a finalidade de obter a confissão do fato que supostamente por ele havia sido praticado.⁹⁶

Assim, o corpo do acusado tinha de se fazer presente, razão pela qual, em muitos casos, aguardava preso o seu julgamento. Todavia, logo após a execução da sua pena, se não fosse, obviamente, a de morte, era libertado. Essa gradativa substituição fez com que as penas privativas de liberdade fossem ocupando, prioritariamente, o lugar das penas corporais.

Como visto, até o século XVIII, as penas mais utilizadas eram as corporais, a pena de morte, além das chamadas penas infamantes e, em alguns casos menos graves, as penas de natureza pecuniária. Com a virada do século XVIII, principalmente após a Revolução Francesa, em 1789, a pena de privação de liberdade começou a ocupar um lugar de destaque, em atenção mesmo a um princípio que, embora embrionário, começava a ser discutido, vale expor, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao analisar essa mudança de opção punitiva, Foucault postularia que, a partir daquele momento, o sofrimento não mais recairia sobre o corpo do condenado, mas, sim, sobre sua alma.

A primeira modalidade de pena foi a chamada vingança privada, que tinha como único fundamento a pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado. Essa vingança era exercida tão somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido. Essa fase correspondia ao momento em que o controle social era respaldado na regra do mais forte, a partir da autotutela ou da submissão. Nela, a represália por

⁹⁵ CIPRIANI, M. L. L. **Das penas**: suas teorias e funções no moderno direito penal. Porto Alegre: Ubra, 2005.

⁹⁶ CAMARGO, Natália Alves. **Saúde mental e sistema prisional carioca**: análise dos impactos do plano nacional de saúde no sistema penitenciário. Universidade Cândido Mendes. Pós-graduação Latu sensu. AVM Faculdade integrada. Rio de Janeiro, 2014.

descumprir as regras da sociedade e ter cometido algum mal era de cunho pessoal, traçada brutalmente pelo próprio ofendido ou pelo grupo à qual este pertencia, como um meio de estabelecer poder e restaurar a honra, outrora, infligida.⁹⁷

Outra modalidade de pena na antiguidade era a pena divina, que é a satisfação da divindade ofendida pelo crime. Punia-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. Esse tipo de pena possuía dois objetivos: o primeiro consistia em expulsar do meio social aquele que se tornou um inimigo da comunidade e dos seus deuses por meio do cometimento do delito; o segundo consistia em evitar que o criminoso contagiasse os demais pela mácula de que se contaminara, assim ele evitaria as reações vingadoras dos seres sobrenaturais.⁹⁸

Incontáveis barbaridades eram praticadas em nome dos deuses contra os agentes criminosos, muitas delas, inclusive, com a finalidade de lhes aplacar a ira. A criatividade maligna dos homens não tinha limites. As sociedades, nesse período, eram carregadas de misticismos e crenças sobrenaturais. Eventos da natureza, como chuvas, trovões, terremotos e vendavais, eram considerados como a fúria dos deuses para com os homens e, para tanto, tal fúria precisava ser aplacada mediante o sacrifício humano. Alguém era apontado como culpado e, conseqüentemente, deveria ser entregue aos deuses.

Automaticamente, a vingança divina cede lugar à vingança pública, produto da transformação lenta do direito no contexto sociocultural. As várias sociedades, já politicamente organizadas, contavam com um poder central, procurando por todos os meios se afirmar e manter a coerência e a disciplina do grupo social. Leis mais rígidas eram editadas e a comunidade não demorava muito para perceber que a cada dia estava perdendo mais direitos com a aplicação da justiça. Assim, as mortes e as mutilações dos delinquentes apenas enfraqueciam a tribo, sendo necessária outra forma de retribuição pelo mal causado.⁹⁹

A vingança pública nasce como a evolução histórica do Direito Penal e fundamentada na melhor organização social, como forma de proteção, de segurança

⁹⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

⁹⁸ CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009.

⁹⁹ MESTIERI, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

do Estado e do soberano, mas ainda conta com a imposição de penas cruéis, desumanas, com a clara finalidade intimidatória.

Ainda na vingança pública, encontrávamos métodos de punição das penas anteriores, ou seja, a vingança privada e a vingança divina continuavam sendo aplicadas no seio das tribos. No castigo público, as penas ainda eram de cunho cruel, reproduzidas e aclamadas pela prática aos suplícios. Todavia, intencionava uma maior proteção e segurança ao ser humano, desde que não era mais aplicada de forma vigiada, variante a vontade de terceiros, mas, sim, pelo estado. A aplicação da pena, a partir de então, evoluiu de tal forma que ultrapassou a figura da vítima e do criminoso, expandindo-se a visão da pena como um espetáculo punitivo e eminentemente ostentoso, executado em público para satisfação própria da população, comumente atraída pelo espetáculo feito para aterrorizá-la.¹⁰⁰

Na idade média, a prisão continuava sendo o local onde o agente que ofendia a lei aguardava seu julgamento e, em raras situações, a pena de prisão começou a ser aplicada, quando no caso de a pena de mutilação prevista ser demasiadamente exagerada.

Até o fim do século XVIII, o encarceramento de pessoas era um meio de punição, mas não o fim da punição, pois, até então, a privação de liberdade não era tida como forma de pena, mas, sim, como custódia: era uma forma de garantir que o acusado não fugiria da justiça e era um meio para produzir provas contra o próprio agente causador do dano, por meio da tortura considerada legítima.¹⁰¹

Sobretudo a partir do fim do século XVIII, as penas corporais aflitivas foram sendo substituídas, aos poucos, pela pena de privação de liberdade. Até aquele momento, com raras exceções, a punição aos monges religiosos em seus monastérios tinha a finalidade de levá-los a refletir sobre a conduta praticada ou, ainda, com as casas de correção criadas a partir da segunda metade do século XVI na Inglaterra.

Segundo Ferrajoli, o sanguinário desenvolvimento do instituto das penas na antiguidade é absurdamente mais prejudicial que o próprio delito, pois os delitos acontecem eventualmente e as partes envolvidas não esperam por aquele ocorrido;

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

já as penas degradantes e cruéis são projetadas e arquitetadas conscientemente por aqueles que almejam o sofrimento como pena.¹⁰²

O homem, durante sua formação e evolução enquanto ser social, na tentativa de tornar sua liberdade mais segura e sair do caos existente nas primitivas sociedades, abdicara, pouco a pouco, de parte de sua liberdade para garantir uma existência mais segura, constituindo a soberania das nações. No entanto, era necessário proteger o poder da autoridade das interferências dos entes particulares, estes que sempre possuem clara inclinação ao meio de governar de forma absolutista, com a criação de meios suficientes ao desestímulo de qualquer tentativa de usurpação. Surgiram leis definindo que, aquele que as infringia, suscitava uma pena. Essas leis foram as condições que permitiram que o homem evoluísse de sua existência isolada e independente à aglomeração em sociedades.¹⁰³

Pode-se conceituar pena como sendo qualquer privação ou castigo que se impõe a quem desobedece a uma determinação legal. A pena é dependente de imposição, ou seja, é necessário que uma autoridade a imponha. Diante dessa afirmativa, pode-se depreender que a evolução das penas dependeu intimamente da evolução política e social das comunidades em que se inseria.

Com o surgimento da Idade Moderna, o período entre os séculos XV e XVIII, de modo geral, é conhecido como um período de transição no qual ocorreu forte aumento do comércio no mundo, dos povos, as cidades cresceram e a produção industrial alavancou. Nesse cenário, a pena de morte começa a ser questionada dada sua ineficiência para conter a criminalidade que vinha aumentando, em que a pena capital vinha se aplicando e a criminalidade não parava de aumentar. Simultaneamente, surge a ideia da prisão como pena privativa de liberdade e não mais como um mero local onde o criminoso aguarda seu julgamento.

No início do século XVIII, na França, o aprisionamento de agentes criminosos se tornou a principal forma de sanção, ocupando espaço considerável entre a pena de morte e a de multa. Essa transformação se verificou também no Código Penal de 1810 e, principalmente, na Europa, ao fim do século XVIII e, no princípio do século XIX, dá-se a passagem à penalidade de detenção. A prisão se tornou peça

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

fundamental no conjunto das punições, pois marcou um momento histórico importantíssimo da justiça penal, porque abriu acesso à humanidade.¹⁰⁴

Foi somente no século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal. Com o avanço paulatino para eliminar as penas cruéis e desumanas, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição real. As transformações nas formas de punição acompanham as transformações políticas do século XVIII, isto é, a queda do antigo regime e a ascensão da burguesia. Desse momento em diante, a punição corporal deixa de ser um espetáculo público, porque, com as mudanças ocorridas, tutelando cada vez mais o indivíduo, essas punições passaram a serem vistas como um incentivo à violência, adotando-se a punição em regime fechado, que segue regras rígidas, conseqüentemente. Ao invés de punir o corpo do condenado, pune-se a sua alma. Essa mudança, segundo o autor, é um modo de acabar com as punições imprevisíveis do soberano sobre o condenado, gerando proporcionalidade entre o crime e a punição.¹⁰⁵

As comunidades existentes no século XVIII estavam vivendo grandes atrocidades, por exemplo: uma pessoa era processada secretamente sem que o acusado pudesse ter conhecimento do que estava correndo contra ele. A tortura continuava sendo o meio mais utilizado pelo Estado para obter a confissão daquele que se escolheu para ocupar o lugar de culpado. O acusado era quase que obrigado a confessar a fim de pagar sua culpa, as penas eram indeterminadas, as leis existentes eram confusas, de difícil entendimento. Em suma, a desordem contra o ser humano predominou até que surgiram os pensadores iluministas, que se colocaram contra todo esse sistema cruel. Cesare Beccaria se transformou em um dos principais defensores de uma reforma que já se fazia tardia para eliminar as atrocidades contra o homem.¹⁰⁶

Marquês de Beccaria, como também era conhecido, defendia a racionalização e humanização da pena de prisão, já admitindo um caráter reformador da pena. Pode-se compreender o que Beccaria afirmou do seguinte modo: à medida que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas,

¹⁰⁴ FOUCAULT, Mivhel. **A ordem do discurso**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

¹⁰⁵ DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Wener. A origem do sistema penitenciário. **Revista Pré – Univesp**. 2012. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisonal#.V4lbs9lrLIU>. Acesso em: 15 jul. 2018.

¹⁰⁶ GRECO, 2017, pág. 125

quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão se satisfazer com provas mais fracas para pedirem a prisão.¹⁰⁷

John Howard conheceu as ideias de Beccaria e, por muitas vezes as citou, com a diferença de que, enquanto este pregava a reforma nas leis, Howard alertava para a calamidade existente dentro das instituições prisionais da Inglaterra. Uma de suas principais ideias reside na fé depositada na função reabilitadora da prisão. Para a concretização de tal ideia, pregou-se a importância dos carcereiros e demais funcionários das penitenciárias. Devido à importante função que desempenham, devem ser homens honrados e com elevado sentimento humanitário.¹⁰⁸

Em 1755, John Howard viajou para Portugal a fim de ajudar as vítimas do terremoto que assolou o País, especialmente em Lisboa, quando, nessa oportunidade, teve seu primeiro contato com as prisões e, por ironia do destino, quando retornava para a Inglaterra, foi capturado pelos berberes, sofrendo a desagradável experiência do encarceramento no Castelo de Brest e depois na prisão de Morlaix. Mesmo com essa triste experiência, John Howard não desistiu de se dedicar a causa da problemática penitenciária.

Em 1773, aos 45 anos de idade, Howard foi nomeado sheriff do condado de Bedford, fazendo, assim, com que agora viesse a se familiarizar com as misérias das prisões de sua época, os lugares fétidos onde serem humanos eram jogados como se fossem animais, pois uma das suas principais funções era visitar os estabelecimentos prisionais. Essas visitas periódicas permitiram a ele um contato direto e intenso com os presos e fizeram com que o humanista inglês ficasse ainda mais sensibilizado com os problemas que presenciava diariamente, tornando-se, assim, um incansável crítico e defensor da melhora do sistema.¹⁰⁹

As enfermidades eram uma constante dentro das prisões, já que os presos não recebiam tratamento adequado, permitindo, dessa forma, que doenças se alastrassem facilmente nos cárceres. A promiscuidade também era um mal que deveria ser combatido. No entanto, como os encarregados de cuidar dos presos e de vigiá-los não recebiam qualquer remuneração dos cofres públicos, a situação ficava ainda pior – as cobranças recaíam diretamente sobre os próprios presos, em geral

¹⁰⁷ BECCARIA, 1997, pág. 98.

¹⁰⁸ BITENCOURT, 2001, pág. 170.

¹⁰⁹ GRECO, 2017, pág. 95.

miseráveis, pertencentes às classes menos favorecidas, que não tinham como pagar e, assim, permaneciam presos indefinidamente, até que acertassem suas contas com aquele que detinha as chaves da sua cela. Segundo Greco¹¹⁰, em Bedford, nem o prefeito e nem os carcereiros cobravam soldos do Estado, senão os que viviam de certas quotas impostas aos presos, de maneira que nenhum deles poderia sair da prisão, ainda que houvesse cumprido a sua condenação ou sido absolvido enquanto não abonasse 75 ao prefeito e 10 ao carcereiro. Alguns dos presos que não conseguiam pagar pelos tributos permaneciam anos encarcerados.

Essa imposição de pagamento feita aos presos pelos carcereiros fazia com que muitas injustiças fossem praticadas. Por isso, Howard propôs que os carcereiros fossem pagos pelo próprio Estado, ou seja, pela própria administração pública da prisão, mas não pelos presos. John Howard foi um obstinado pelo problema carcerário. Além de conhecer e trabalhar para a melhoria das prisões da Inglaterra e em Gales, empreendeu viagens para outros países, a exemplo de Portugal, Espanha, França, Alemanha, Holanda, Finlândia, Irlanda, Suíça, Dinamarca, Áustria, Prússia, Rússia, Itália, Turquia, dentre outros, procurando conhecer e comparar os sistemas prisionais.¹¹¹

Em 1777, Howard publica sua primeira edição de “The State of Prisons in England and Wales” (As condições das prisões da Inglaterra e Gales). Nessa obra, Howard faz um relato crítico à realidade prisional da Inglaterra e propõe uma série de mudanças, sendo a principal delas a criação de estabelecimentos específicos para a nova visão do cárcere; antes, o prisioneiro ficava na cela aguardando a punição, desse modo a prisão tinha um caráter temporário. Agora, a prisão era a punição em si, portanto as prisões por toda a Europa e Estados Unidos não tinham a infraestrutura ou eram pensadas nessa nova realidade punitiva.¹¹²

O trabalho de John Howard foi, em grande parte, seguido por Jeremy Bentham, pois eram da mesma época. Nascido em 1748, em Londres, no seio de uma família conservadora, tornou-se adepto igualmente a Howard pela reforma do sistema prisional, sendo este um dos seus temas preferidos de reflexão.¹¹³

¹¹⁰ GRECO, 2017, pág. 111.

¹¹¹ GRECO, 2017, pág. 286

¹¹² DI SANTIS, 2012.

¹¹³ GONÇALVES, Pedro Correia. A era do humanitarismo penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. **R. Fac. Dir. UFG**, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan./jun. 2009.

Na obra “The Constitutional Code”, publicada em 1830, Bentham defendeu a necessidade da prevenção e da punição dos delitos, escrevendo, a esse propósito, que é possível ao homem fazer o mal que se mostra necessário para o progresso dos seus interesses particulares e pessoais em detrimento do interesse público, e irá fazê-lo, mais cedo ou mais tarde, a não ser que, por alguns meios, intencionais ou não, seja impedido de fazer.¹¹⁴

No entanto, em “The Constitucional Code”, Bentham não aceitava a pena de morte e por isso defendia duramente o encarceramento. Relativamente ao encarceramento, Bentham apresentou um regime penitenciário fundamentado especialmente na doçura, no rigor e na severidade. A par desses fundamentos, ainda defendeu a separação dos presos por sexo, a manutenção correta da higiene pessoal e do vestuário dos reclusos, o fornecimento pelo Estado de uma alimentação apropriada e aplicação rigorosa do estatuto disciplinar. Com esse regime penitenciário, Jeremy Bentham intencionava reformar e corrigir os presos, para que, quando estes adquirissem suas liberdades, não continuassem sendo um mal para a sociedade cometendo novos delitos.¹¹⁵

Dentro da proposta do novo regime penitenciário proposto por Bentham, constava, também, um novo projeto arquitetônico para os presídios, o que denominou Panóptico. No vocábulo arquitetônico, o panóptico incorporaria uma torre central a um edifício anular dividido em celas, sendo que cada cela se estende ao longo de toda a espessura do edifício de modo a permitir a existência de janelas interiores e exteriores. Os presos estariam, portanto, bem iluminados pela duplicidade de janelas, separados uns dos outros por paredes e sujeitos a um exame ou observação coletiva e individual, feito por um vigia a partir da torre, não podendo esse vigia ser visto pelos encarcerados.¹¹⁶

Figura 1 – Panóptico

¹¹⁴ BENTHAM, Jeremy. **The constitutional code**. London, 1830, v.1.

¹¹⁵ GUZMAN, 1983, pág. 88.

¹¹⁶ BARTON, Ben F.; BARTON, Marthalee S. Modes of Power in Technical and Professional Visuals, **Journal of Business and Technical Communication**. Thousand Oaks: SAGE Publications, v. 7, n. 1, 1993.



Fonte: Disponível em: <<http://historia-pitagoras.blogspot.com.br/2011/01/panoptico.html>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

A finalidade desse projeto era permitir que o observador, o guarda prisional, conseguisse, de fato, observar todos os prisioneiros sem que fosse visto por eles, alimentando-lhes um sentimento de que estariam constantemente em observação, desviando as intenções de fuga e de crimes pelos detentos.

Foram edificadas algumas prisões nos moldes do projeto do Panóptico, em que destacamos a Eastern State Penitentiary na Filadélfia, a Pentonville Prison em Londres e a Millbank Prison, também em Londres, desenhada pelo próprio Jeremy Bentham. Podemos mesmo afirmar que o Panóptico foi o modelo prenunciador das prisões de formato de raias, que podem atualmente ser encontradas um pouco por todo o Mundo, inclusive nas prisões brasileiras.¹¹⁷

O período iluminista teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora, necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou

¹¹⁷ NEVES, Edmar Souza. **A prática da atividade física no sistema penitenciário brasileiro: algumas iniciativas da educação penitenciária no início do século XX.** São Paulo, 2011.

a ser encarado como tal e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.¹¹⁸

Mediante um raciocínio jusnaturalista, passou-se a reconhecer direitos inatos ao ser humano que não podiam ser alienados ou deixados de lado, a exemplo de sua dignidade, do direito a ser tratado igualmente perante as leis etc. Até mesmo no que dizia respeito à pena de morte, algumas formas de aplicação foram sendo aperfeiçoadas, com a finalidade de trazer o menor sofrimento possível ao condenado, como ocorreu com a utilização da guilhotina, sugerida por Ignace Guillotin, pela primeira vez no dia 25 de abril de 1792, que consistia em fazer com que a morte ocorresse rapidamente por meio de um golpe seco, produzido por uma lâmina afiadíssima e pesada, que pendia sobre a cabeça do executado.¹¹⁹

As penas, que eram extremamente desproporcionais aos fatos praticados, passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento, exigindo-se, ainda, que a lei que importasse na proibição ou determinação de alguma conduta, além de clara e precisa, para que pudesse ser aplicada, estivesse em vigor antes da sua prática. Foi nesse contexto que se transformou as prisões e os sistemas de punições para o que é na atualidade, por meio de um movimento que promoveu as mais significativas mudanças na concepção das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. A partir dessa nova concepção, a punição passou a se constituir em um método e uma disciplina. Eliminou-se da prisão o seu caráter de humilhação moral e física do sujeito. A lei penal passou a se propor a uma função de prevenção do delito e da readaptação do criminoso. A finalidade da prisão deixou de ser, então, o de causar dor física e o objeto da punição deixou de ser o corpo para atingir a alma do infrator. A prisão se torna como pena privativa de liberdade e constitui em uma nova tática da arte de fazer sofrer.¹²⁰

Ainda segundo Foucault¹²¹, os seus estudos se voltaram às prisões observadas sobre o prisma no qual expõe que, para o Estado, torna-se mais favorável vigiar do que punir, pois vigiar pessoas e mantê-las conscientes desse processo é uma maneira

¹¹⁸ MENEZES, Bruno Seligman de; MENEZES, Cristiane Penning Pauli de. O acesso à saúde no sistema penitenciário: a (in)observância da lei de execuções penais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14554&revista_caderno=29. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹¹⁹ GRECO, 2017, pág. 321

¹²⁰ FOUCAULT, 2000, pág. 45

¹²¹ FOUCAULT, 2000, pág. 56

para que estas não desobedeçam a ordem, as leis, nem ameacem o sistema de “normalidade”. A prisão passa a se fundamentar teoricamente no que atualmente é: privar o indivíduo de liberdade para que ele possa aprender por meio do isolamento, retirá-lo da família e de outras relações socialmente significativas, a fim de levá-lo a refletir sobre seu ato criminoso, tornando, então, o reflexo mais direto de sua punição.

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis.¹²²

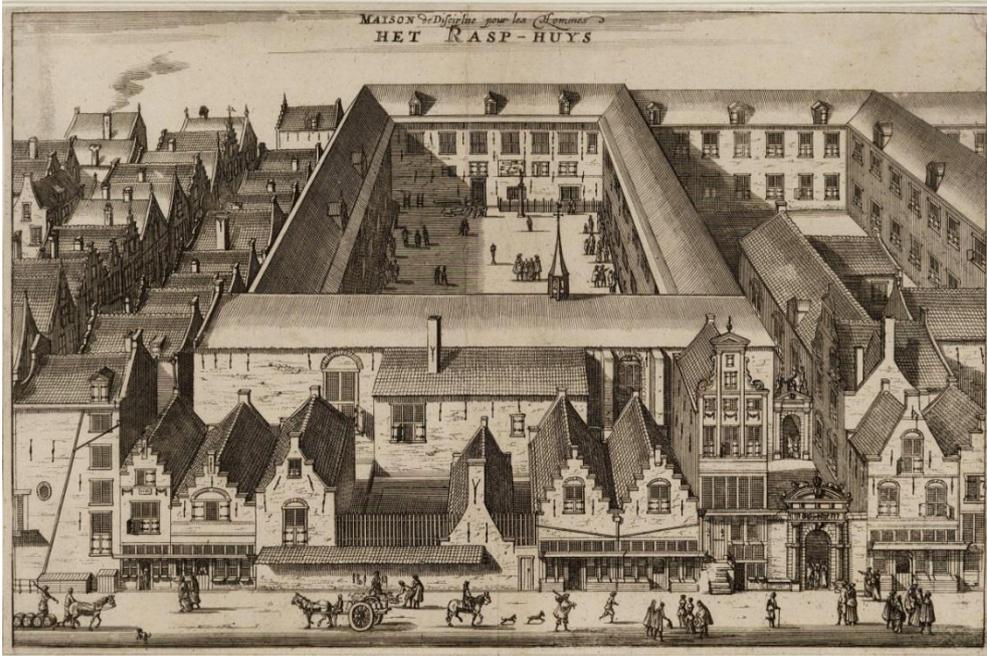
Temos notícias de outras prisões da idade moderna, além da House of Correction (primeira penitenciária construída no mundo), que foi construída em Londres entre 1550 e 1552, como o Rasphuis, que era um “tuchthuis” ou a prisão de Amsterdã que foi estabelecida em 1596 no antigo Convento das Clarissas no Heiligeweg. O Rasphuis era uma prisão para jovens criminosos do sexo masculino. Os detidos em Rasphuis foram feitos para raspar a madeira do pau-brasil, raspando-a em pó usando uma lima de oito a doze lâminas, daí o nome Rasphuis. O Rasphuis foi fundado após a tortura de um alfaiate assistente de 16 anos, Evert Jansz, que confessou, em consequência da tortura, o roubo em duas ocasiões de seu chefe. A fundação dos Rasphuis significou uma mudança radical no pensamento correcional holandês, no qual, até então, acreditava-se universalmente que os criminosos precisavam ser punidos.¹²³

Há um mito persistente de que os Rasphuis continham uma “masmorra de água”, os chamados *Waterhuis*. Se os prisioneiros se recusassem a trabalhar, eles seriam colocados em um porão que rapidamente se enchia de água após a abertura de uma eclusa; eles receberam uma bomba que lhes permitia não se afogar, desde que bombeados energeticamente e continuamente. Geert Mak e outros historiadores, no entanto, apontam para o fato de que não há evidência alguma para a existência dessa sala e essa punição.

Figura 2 – Rasphuis

¹²² BITENCOURT, 2001, pág. 247

¹²³ THORSTEN, Sellin. **Pioneirismo em penologia**. Pensilvânia: Imprensa da Universidade da Pensilvânia, Oxford Press, 1944.



Fonte: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Rasp-huis_Heiligeweg_Amsterdam_001.jpg.
Acesso em: 06 jun. 2019.

Misciasci relata que a primeira instituição penal construída em Roma foi o Hospício de San Michel, a qual era destinada primeiramente a encarcerar “meninos incorrigíveis”, sendo denominada Casa de Correção.¹²⁴ Durante quase um século e meio – entre o início do século 19 e a segunda metade do século 20 –, o Monte Saint-Michel permaneceu destituído de suas funções religiosas. Os beneditinos foram expulsos do lugar durante a Revolução Francesa. O complexo se tornou, então, prisão de Estado e, em 1874, o hospício foi declarado monumento histórico nacional da França.

Figura 3 – Hospício de San Michel

¹²⁴ MISCIASCI, 2018.



Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/San_Michele_a_Ripa. Acesso em: 06 jun. 2019.

Ainda na idade moderna, diante da crise socioeconômica que abalou a Europa e que resultou no grande número de pessoas extremamente pobres, as quais se dedicavam à mendicância ou à prática de atos delituosos para sobreviverem, fez-se necessário estabelecer uma nova política criminal para conter o crescimento e a ação desse grupo.

Nesse contexto, o clero inglês pediu auxílio ao Rei de Londres, que autorizou a utilização do castelo de Bridwell para que ali fossem recolhidas as pessoas vadias, bem como os ociosos, os ladrões e os praticantes de pequenos delitos com o objetivo de serem disciplinados. Em pouco tempo, foram criados outros bridwells ou, como eram denominados, houses of correction, os quais logo ganharam respaldo legal, pois, em 1575, surgiu a primeira lei a fazer menção a essas casas de correção, preconizando que elas significavam sanção para os vagabundos e o alívio para os pobres.

Similares a essas casas de correção, surgiram as casas de trabalho, sendo a primeira inaugurada em 1697, na cidade de Bristol, na Inglaterra. Introduzidas na Inglaterra, essas casas de correção e trabalho rapidamente se espalharam por toda a Europa. Em Amsterdã, no ano de 1596, fundou-se uma casa de correção para homens; em 1597, para mulheres; e, em 1600, para jovens. Em 1667, em Florença, foi fundado o Hospício de San Felipe Néri para correção de crianças e jovens desregrados. Na França, em 1656, houve a primeira instituição para vagabundos e mendigos. Em Roma, foi fundada a Casa de Correção de São Miguel, em 1703, para disciplinar, por meio do trabalho, isolamento e disciplina, os jovens delinquentes.¹²⁵

¹²⁵ PRACIANO, Elizabeba, R. T. **O direito de punir na constituição de 1988 e os reflexos na**

Hodiernamente, a Europa tem buscado diminuir sua população carcerária e o consequente encarceramento em massa, a fim de evitar que os delinquentes voltem à sociedade piores de quando entraram nas prisões. O relatório anual do Conselho Europeu afirma que, em 2015, cerca de 1,4 milhão de pessoas foram presas em estabelecimentos carcerários em toda a Europa, ou seja, 102 mil presos a menos que o ano precedente, 2014.

De acordo com Thorbjørn Jagland, secretário-geral do Conselho da Europa, o declínio no número de prisões na Europa é um desenvolvimento positivo. “O aumento do uso de penas alternativas não significa necessariamente um aumento na taxa de criminalidade, mas pode ajudar a reintegração dos infratores e resolver o problema da superlotação das prisões”, afirmou Jagland. Entre os países europeus que demonstraram uma baixa significativa na população carcerária, constam Grécia (-18,8%), Croácia (-10.2%), Dinamarca (-11.9%) e Irlanda do Norte (-9,7%). No sentido inverso, de aumento de presos, o relatório constata um aumento de presos na Geórgia (+20.5%), Macedônia (+12%), Turquia (+11,6%), República Tcheca (+11,4%) e Albânia (+10,3%).¹²⁶

3.1 O APRISIONAMENTO NO BRASIL COLÔNIA

No Brasil, a utilidade das prisões em que os acusados aguardavam suas penas seguiu os mesmos moldes das prisões da Europa. A primeira prisão brasileira foi edificada na cidade de São Paulo, entre os anos 1784 a 1788, na qual essa cadeia se destinava a encarcerar criminosos e escravos para que estes aguardassem seus julgamentos. Na sequência, diante do reflexo das ideias iluministas, que foram adotadas na Constituição imperial, o Código criminal de 1830 estabeleceu a prisão simples e a prisão com trabalho como pena, de maneira que as províncias passaram a ter o direito de construir as suas casas de prisão ou correção, que se espalharam por todo o Brasil.¹²⁷

execução da pena privativa de liberdade. 2007. (Dissertação) Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2007.

¹²⁶ BECHARA, Márcia. **População carcerária diminui na Europa.** Disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20170314-populacao-carceraria-diminui-na-europa-diz-relatorio-do-conselho-europeu>. Acesso em: 06 jun. 2019.

¹²⁷ GARCIA FILHO, Theodoro Domingos Martins. **História das prisões.** Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUC-RS, 2013.

Primeira penitenciária do Brasil, a Casa de Correção do Rio de Janeiro foi fundada em 1850. Ao longo do tempo, viu-se transformada no Complexo Penitenciário da Frei Caneca, demolido em 2010. Desde sua inauguração, a Casa de correção do Rio de Janeiro surgiu como um projeto inconcluso, jamais feito de acordo com o que se tinha planejado, pois, além da proximidade do presídio com várias rotas de fuga para as zonas sul e norte, a Frei Caneca convivia com os constantes tiroteios promovidos pelos traficantes no morro de São Carlos, nos fundos do Complexo. A prisão que antes serviu de modelo para o país não tinha mais condições de permanecer no histórico endereço. Era o fim. Ao longo do mês de dezembro de 2006, os últimos detentos foram transferidos para as penitenciárias do Complexo de Gericinó, antigos Bangu I, II, construídas a partir do final da década de 1980 para abrigar os detentos que vieram transferidos do Complexo de Frei Caneca e para abrigar os novos presos, pois a superlotação nas prisões já batia a porta.¹²⁸

Outras Unidades Prisionais surgiram no Brasil afora, como a Casa de Detenção do Recife, a qual começou a ser construída em 1850 e teve sua inauguração parcial em 1855, antecipada pelas muitas evasões acontecidas na cadeia da cidade que, até então, abrigava a maior parte dos prisioneiros. Sua conclusão, todavia, só aconteceu em 1867 e o Carandiru foi um dos presídios mais conhecidos negativamente pelos brasileiros devido ao massacre em 1992 quando 111 presos foram mortos por policiais militares após o início de um motim.

Figura 4 – Carandiru

¹²⁸ MUNIZ, Mariana. **Casa de correção**: o que mudou de 1850 pra cá? História da primeira penitenciária do Brasil ajuda a compreender o descaso com os presídios. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/casa-de-correcao-o-que-mudou-de-1850-para-ca-20012017>. Acesso em: 23 ago. 2018.



Fonte: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/tj-sp-anula-condenacoes-policiais-massacre-carandiru>. Acesso em: 06 jun. 2019.

A Casa de Detenção de São Paulo, mais uma das Casas de Correção que surgiu no Brasil, tornou-se popularmente conhecida como Carandiru por se localizar no bairro do Carandiru, em São Paulo. O Carandiru foi inaugurado na década de 1920 e já chegou a abrigar mais de oito mil presos, sendo considerado, à época, o maior presídio da América Latina. Foi desativado e parcialmente demolido em 2002 no governo de Geraldo Alckmin. No local, foi construído o Parque da Juventude.

O sistema penitenciário brasileiro foi marcado por episódios que revelam e apontam para o descaso em relação às políticas públicas na área penal, bem como para a edificação de modelos aos quais se tornaram inviáveis a partir de sua aplicação. No Brasil, a origem do conceito de prisão como pena teve seu início em mosteiros no período da Idade Média, que tinha o propósito de punir os monges e clérigos que não cumpriam com suas funções. Assim, os que faltavam com suas obrigações eram coagidos a se recolherem em suas celas e se dedicarem à meditação e à busca do arrependimento por suas ações, ficando, dessa forma, mais próximos de Deus.¹²⁹

No Brasil, foi a partir do século XIX que se deu início ao surgimento de prisões com celas individuais e oficinas de trabalho, bem como arquitetura própria para a pena de prisão. O Código Penal de 1890 possibilitou o estabelecimento de novas modalidades de prisão, considerando que não mais haveria penas perpétuas ou coletivas, limitando-se às penas restritivas de liberdade individual, com penalidade

¹²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

máxima de trinta anos, bem como prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar.

A prisão figurando como pena é de aparecimento tardio na história do direito penal mundial e, no Brasil, não foi diferente. No início, a prisão como cárcere era aplicada apenas aos acusados que estavam à espera de julgamento. Essa situação perdurou durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais tinham por base um direito penal pautado na brutalidade das sanções corporais e na violação dos direitos do acusado. Essa situação perdurou até a introdução do Código Criminal do Império, em 1830. Tal estatuto já trazia consigo ideias de justiça e de equidade, sendo influenciado pelas ideias liberais que inspiraram as leis penais europeias e dos Estados Unidos, objeto das novas correntes de pensamento e das novas escolas penais.¹³⁰

3.2 A NOVA LEGISLAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

As leis penais sofreram sensíveis mudanças ao final do século XIX em razão da Abolição da Escravatura e da Proclamação da República. O Código Penal da República, de 1890, já previa diversas modalidades de prisão, como a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar, sendo que cada modalidade era cumprida em estabelecimento penal específico.

No Brasil, antes do descobrimento, os costumes penais dos indígenas são destituídos de interesse jurídico, pois o direito era consuetudinário. Nenhuma influência teve esse direito consuetudinário nos descobridores que aqui vieram trazendo suas leis. Apesar de, à época do descobrimento, estarem em vigência as Ordenações Afonsinas, que logo foram substituídas pelas Manuelinas, o primeiro Código Penal foi o Livro V das Ordenações do Rei Filipe II. São as Ordenações Filipinas que foram os primeiros estatutos, pois as anteriores muito poucas aplicações aqui poderiam ter devido às condições próprias da terra.¹³¹

As Ordenações Filipinas refletiam o direito penal daqueles tempos. Havia a pena de morte, a qual comportava várias modalidades: morte na forca; a precedida

¹³⁰ ASSIS, Rafael Damaceno. As prisões e o direito penitenciário no Brasil. **DireitoNet**, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoos-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹³¹ SILVA, Alexandre Calixto da. **Sistemas e regimes penitenciários no direito penal brasileiro: uma síntese histórico/jurídica**. Maringá: UEM, 2009.

de torturas; a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso até a putrefação; a morte pelo fogo; açoites; degredo para a África e outros lugares, mutilação de mãos, da língua etc. Quanto ao crime em si, este era confundido com o pecado. Para o julgamento, entretanto, havia a desigualdade de classe social, aplicando o juiz a pena segundo a gravidade do caso e a qualidade da pessoa: os nobres, em regra eram punidos com multa; aos de classe inferior, os castigos eram mais pesados e humilhantes. A prisão, como na Europa, era apenas um estabelecimento de custódia.¹³²

Foi o Código de mais longa vigência aqui, de 1603 a 1830. A mais importante tentativa de modificação da legislação foi de autoria de Pascoal José de Melo Freire dos Reis, professor da Universidade de Coimbra, que se inspirava no pensamento dos enciclopedistas. Seus trabalhos jamais foram convertidos em lei, pois havia receio diante dos fatos da Revolução Francesa.

Já no período Imperial, após a Proclamação da Independência, a Lei de 20 de outubro de 1823 determina que continuem a ser observadas as Ordenações, o que ocorre até 1830, quando foi sancionado, por D. Pedro I, o novo Código, um projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Esse Código é de índole liberal, inspirando-se no Código francês de 1810 e no Napolitano, de 1819, não se submetendo, entretanto, a nenhum deles. Foi um Código original que, pela primeira vez, contemplava os motivos do crime, o que somente meio século após seria tentado na Holanda e em outros países. Havia, além disso, fatores atenuantes da menoridade, o que era de desconhecimento nas legislações francesas e napolitanas, bem como a indenização do dano *ex delicto* como instituto direito público etc. Apesar de ter qualidades, o referido Código, contudo, apresentava defeitos, por exemplo: não definia a culpa, aludindo apenas ao dolo; homicídio e lesões corporais eram por culpa, uma omissão que veio a ser suprida mais tarde.¹³³

Também havia, dentre as falhas apresentadas, o tratamento de desigualdade do escravo, o qual previa as penas de galés e de morte. Outro item a ser observado é que o Código continha diversas figuras delituosas, representando ofensas à religião. Como foi considerado um Código excelente para a época, teve influência nas legislações espanhola e latino-americanas. Na mesma esteira do Código Penal seguiu o Código de Processo, em 1832.

¹³² FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

¹³³ FRAGOSO, 1977, pág.145.

Entretanto, apesar de serem considerados Códigos brilhantes, houve leis de retrocesso, como a de 10 de junho de 1835, a qual dispunha que crimes cometidos por escravos contra homens livres seriam julgados por um júri, após um breve processo e que, se estes fossem condenados, seriam executados, sem direito a recurso. Essa lei vigorou até 1886, quando foi revogada, passando novamente para o juiz a formação da culpa, que esta atribuía às autoridades policiais.

Em suma, a Carta Magna brasileira, outorgada em 25 de março de 1824 por D. Pedro I, acolheu, em seu artigo 179, princípios sobre direitos e liberdades individuais, alterando, em parte, o sistema penal em vigor. O parágrafo 18 do citado dispositivo consignou a imperiosa necessidade de elaboração de um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.

Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro Código autônomo da América Latina. Destacava Aníbal Bruno que o novo texto se fundou nas ideias de Bentham, Beccaria Mello Freire, no Código Penal francês de 1810, Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825. Todavia, não se filiou estritamente a qualquer deles, tendo sabido se mostrar original em mais de um ponto. Com efeito, o Código Criminal do Império surgiu como um dos mais bem elaborados, influenciando grandemente o Código Penal Espanhol de 1848 e o Código Penal Português de 1852, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico. Dentre as grandes inovações, no Código, consagrou o sistema dias-multa em seu art. 55 tido, equivocadamente, como de origem nórdica.

No Brasil República, logo após abolição da escravatura, houve a necessidade de reforma na legislação penal. No último ano da república, foi incumbido de elaborar um projeto de reforma penal o Conselheiro João Batista Pereira. O novo Código Penal foi aprovado pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. O Código foi muito criticado. Era fundamentalmente clássico. Tentou suprir lacunas que o antecessor apresentava. Aboliu a pena de morte e outras, substituindo por penas mais brandas e criou o regime penitenciário de caráter correccional. Nesse momento, a instituição prisional já é lugar para execução e aplicação da pena. Por apresentar muitos defeitos e pelo fato de vigorar por muito tempo, houve muitas leis extravagantes que o completaram, tomando sua pesquisa pelos profissionais do Direito muito árdua.¹³⁴

¹³⁴ FRAGOSO, 1977, pág.115.

Em 1932, o Des. Vicente Piragibe reuniu toda essa legislação em um só Código, o qual passou a se chamar Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Diferentemente da época do Império, a doutrina foi se aprimorando em virtude da quase totalidade dos crimes passar a ser julgado pelo juiz singular e não mais pelo Tribunal do Júri. Entretanto, logo no início da vigência do Código, já surgia a ideia de reforma. Ao objetivar a substituição do Código Penal de 1940, solicitou-se a Nelson Hungria um anteprojeto de código penal. Foi revisado e promulgado pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, retificado pela Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973. O Código Penal de 1969 teve sua vigência até final revogação pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.¹³⁵

Por força da Lei nº 7.209/1984, surgiu uma nova estrutura penal atingindo a parte Geral do Código Penal. Foi uma lei pautada em um anteprojeto elaborado por juristas, como: Miguel Reale Júnior, Serrano Neves, René Ariel Dotti, Hélio Fonseca e Rogério Lauria. A partir dessa formulação, surge a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984, que foi elaborada para humanizar e regulamentar o cumprimento das penas denominada Lei de Execução Penal. Atualmente, no campo penal, em matéria legislada, tem-se: o Código Penal, com a parte Geral introduzida pela Lei nº 7.209/1984; a Parte Especial prevista pelo Decreto-lei nº 2.848 (código de 1940); a Lei de execuções Penais (Lei nº 7.210) e um grande número de leis esparsas, como a relativa ao abuso de autoridade.¹³⁶

3.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

A primeira tentativa de consolidação das normas relativas à execução penal no país ocorreu com o projeto de Código Penitenciário da República em 1933 que foi abandonado por não guardar relação com o Código Penal promulgado em 1940. Cumpre salientar que, antes, quando do Império, a execução da pena, no Brasil, era regida, inicialmente, pelas Ordenações do Reino de Portugal e, posteriormente, do Reino de Portugal, Brasil e Algarves, sendo essa a designação oficial assumida em 16 de dezembro de 1815. Assim, a elevação do então Estado do Brasil, uma colônia portuguesa, a reino unido com o Reino de Portugal, sua metrópole soberana até então, e Algarves, ocorreu devido à transferência da família real e da nobreza portuguesa

¹³⁵ SILVA, 2009, pág.86.

¹³⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1.

para o Brasil. Tal acontecimento se deu por ordem do então Príncipe-regente Dom João Maria de Bragança (futuro Rei Dom João VI), após as invasões napoleônicas a Portugal.¹³⁷

Ao voltar para o período Republicano, em 1957, sobreveio a aprovação da Lei Federal nº 3274 que estabeleceu normas gerais aplicáveis ao regime penitenciário. Essa norma, com o tempo, mostrou-se ineficaz por não contemplar sanções para o descumprimento das regras estabelecidas. No ano de 1957, ainda foi elaborado o Código Penitenciário que, embora pronto, não teve prosseguimento, não chegando a sequer ser publicado e reger qualquer situação jurídica.

Roberto Lyra, ilustre jurista, chegou a redigir um anteprojeto de Código de Execuções Penais que tampouco prosseguiu no processo legislativo para sua aprovação. Na década de 1970, Benjamim Moraes Filho elaborou um novo anteprojeto de Código de Execuções Penais, o qual também não teve sequência. Uma comissão de juristas, em 1981, foi incumbida de elaborar um anteprojeto de Lei de Execução Penal pelo Ministério da Justiça.¹³⁸

O projeto foi elaborado e analisado por uma comissão revisora. Em 1983, foi encaminhado pelo Ministro da Justiça ao Presidente da República que, acolhendo-o, submeteu-o ao processo legislativo culminando na Lei de Execuções Penais vigentes. O primeiro artigo dessa Lei dispõe sobre a execução penal ter por objetivo “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Percebe-se que a lei é expressa ao afirmar que o objetivo da execução da pena é a reintegração à sociedade daquele punido por sanção penal. Ademais, a execução visa à efetivação do que dispõe a sentença, como se dá em outras esferas do Direito. O dispositivo discorre, ainda, em decisão criminal, sobre referência a decisões interlocutórias proferidas durante a execução. Sendo assim, o Estado exerce seu direito de punir castigando o criminoso e inibindo o surgimento de novos delitos. Com a certeza de punição, mostra-se para a sociedade que busca por justiça e reeducação, além de readaptar o condenado socialmente.

¹³⁷ PRADO, Rodrigo. O objeto e a aplicação da lei de execução penal. **Jusbrasil**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/446236182/o-objeto-e-a-aplicacao-da-lei-de-execucao-penal>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹³⁸ PRADO, 2017.

Na Lei de Execução Penal¹³⁹, segundo Beneti, o regramento dos direitos dos presos é pormenorizado, fiel à tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua a titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade. Não se trata, como adverte a Exposição de Motivos, de regras meramente programáticas, mas de direitos do prisioneiro, positivados por meio de preceitos e sanções, indicados com clareza e precisão, a fim de se evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissões e, ainda, caracterizando-se como direitos invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, os quais, por isso, podem ser invocados diretamente, de modo que a infringência implica excesso ou desvio reparável por intermédio de procedimento judicial.¹⁴⁰

A Lei de Execução Penal, se cumprida integralmente, certamente propiciará a ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual, haja vista que esta é sua finalidade, sendo de grande importância para a reintegração do sentenciado, já que há diversas possibilidades de reeducação por meio de direitos, deveres, trabalho, tratamento de saúde física, integridade moral e acompanhamento religioso, ao evitar que o sentenciado fique dentro do estabelecimento penal sem nada produzir. Assim, não pode perder de vista que é um requisito essencial da execução penal a existência de título executivo judicial consistente em sentença criminal condenatória, que tenha aplicado pena restritiva de liberdade ou privativa de direito, ou sentença imprópria aquela que aplica medida de segurança.

De acordo com o que a doutrina e a jurisprudência têm entendido, a Lei de Execução Penal tem como fundamento basilar os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da individualização da pena e da jurisdicionalidade.

No que concerne ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, este se aproxima, e muito, do princípio da humanidade das penas, recomendando-se que qualquer tipo de pena que se chocar com a dignidade da pessoa do apenado, com o que determina a Carta Magna de 1988 e com os tratados internacionais que tutelam a dignidade humana, deve ser invalidado do sistema jurídico brasileiro. É incontroverso que o valor da dignidade da pessoa humana, independente do ato por

¹³⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 out. 2018.

¹⁴⁰ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ela praticado ter sido ou não cometido com crueldade, deve imperar sobre a pena aplicada. Com os números do encarceramento no Brasil fornecidos pelo Infopen de 2017¹⁴¹ e com os números do Atlas da violência de 2018 fornecidos pelo Ipea e FBSP¹⁴², pode-se afirmar que o Direito Penal não obteve sucesso em incentivar a convivência social harmônica entre os homens, tendo a legislação fracassado desde muito tempo na contenção da criminalidade e na ressocialização e reintegração do delinquente à sociedade.¹⁴³

Importante frisar que o Direito Penal pátrio tem de estar em sintonia com os princípios consagrados constitucionalmente e com os princípios implícitos ao texto constitucional, mas que também decorrem do Estado Democrático de Direito, para que possam recepcionar as propostas de Políticas Criminais a fim de garantir a dignidade da pessoa humana dentro do cárcere.

Baratta¹⁴⁴ propõe uma série de mudanças específicas para uma política criminal voltada à classe vulnerável dos encarcerados. Propõe o autor que esse tipo de política criminal não se deve restringir apenas à função punitiva do Estado, tampouco deve ser uma política que venha suprir as penas, mas deve lançar uma política criminal que tenha possibilidade de modificar a realidade social e institucional daqueles que vão ser atingidos pela mão do Estado, para alcançar a igualdade, a democracia, e que o modo de vida em sociedade tenha um teor mais humanitário e de respeito ao princípio da dignidade.

Ainda segue Baratta afirmando ser o Direito Penal um direito desigual, sendo necessária a contração ao máximo do sistema punitivo, com a descriminalização pura e simplesmente ou substituindo por formas de controle legal não desvirtuada.¹⁴⁵ Refere-se também ao fracasso da prisão em todos os sentidos, pois, como já exposto

¹⁴¹ Em Junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo 689.510 pessoas que estão em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça, o sistema penitenciário estadual; 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 pessoas que se encontram nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, administradas pelo Departamento Penitenciário Federal.

¹⁴² Em 2016, o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios, segundo informações do Ministério da Saúde (MS). Isso equivale a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, que corresponde a 30 vezes a taxa da Europa. Apenas nos últimos dez anos, 553 mil pessoas perderam suas vidas devido à violência intencional no Brasil.

¹⁴³ OLIVEIRA, Claudia Rafaela. Execução Penal. **Jus**, jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63684/execucao-penal>. Acesso em: 27 out. 2018.

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. Marginalidade social e justiça. **Revista de Direito Penal**, n. 21-22, jan-junho, 1976.

¹⁴⁵ BARATTA, Alessandro. Marginalidade social e justiça. **Revista de Direito Penal**, n. 21-22, jan-junho, 1976.

com os dados do encarceramento e da criminalidade, é sabido que a prisão não controla a criminalidade e muito menos ressocializa o condenado para retornar à vida em sociedade, apontando como válvula de escape para o sistema penitenciário desumano a implantação de substitutivos penais, a ampliação de formas de suspensão condicional de execução e livramento condicional, a introdução de formas de execução em regime de semiliberdade, reavaliação do trabalho carcerário, abertura da prisão para a sociedade, mediante a colaboração de órgãos locais.

3.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SUAS FONTES POSITIVAS

Sem ter como objetivo entrar no mérito sobre as fontes do direito, neste tópico só nos interessa pesquisar as fontes da execução da pena, pois, como é uma matéria dogmática, é necessário elencar as normas positivas que são fontes para a execução penal, visto que as regras e os princípios não estão reunidos em um único ordenamento. Dessa forma, podemos citar as fontes do Direito Penitenciário como sendo a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, os Tratados Internacionais, Código Penal, Código de Processo Penal, Estatutos Estaduais de Execução Penal e os atos administrativos emanados dos órgãos superiores de Política Penitenciária.

Ao ser a Constituição Federal uma norma que ocupa o topo da pirâmide legislativa e que as demais normas devem ser publicadas por derivação a ela, a Constituição é a principal base para a execução penal, mesmo tendo a Lei de Execução Penal nascido quatro anos antes da Carta de República, em 1984. A constituição federal é a principal fonte, porque descreve os princípios que a execução penal deve seguir na aplicação e execução da pena, princípios estes pouco ou quase nada aplicados àqueles a que são dirigidos.

O Código de Processo Penal tem pouca aplicação na Lei de Execução Penal como fonte positiva, pois a LEP substituiu a normativa constante do Livro IV do Código de Processo Penal, sendo aceitos pela doutrina somente os artigos 743 a 750, que regulam a Reabilitação criminal, instituto atualmente em desuso pela pouca aplicabilidade.

O Código Penal de 1940, com suas diversas alterações, é umas das fontes para a execução penal, trazendo os institutos da suspensão condicional da pena, do livramento condicional que também consta do texto da execução penal, da reabilitação e dos regimes de cumprimento das penas.

As Regras Mínimas para tratamento do preso é outra fonte para a execução das penas no Brasil, sendo um tratado internacional com fortíssima influência no tratamento de presos. Salieta-se que o referido documento foi aprovado pela ONU no XII Congresso Penitenciário Internacional realizado em Genebra, em 22 de agosto de 1955, sendo considerado o primeiro Congresso para tratamento do delinquente. Esse Tratado se pautou em conceitos gerais admitidos em vários sistemas contemporâneos e tenta estabelecer princípios e regras de boa administração e tratamento daqueles que estão privados de sua liberdade. Além disso, o Brasil adotou, em grande parte, as orientações desse documento, colocando-as no corpo da Lei de Execução Penal.

Os Juizados Especiais Criminais também constam como fonte positiva da Lei de Execução Penal, pois, quando o JECRIM realiza a transação penal, ele aplica imediatamente a pena alternativa que é aceita pelo autor. A Lei nº 9.099/1995 poderá, ademais, conduzir a execução das penas restritivas de direito mesmo se aplicadas alternativamente ao final do processo.

A da Lei de Execução Penal – LEP – em seu texto normativo não se afastou das propostas constitucionais que já constavam nas constituições anteriores, principalmente aos textos relacionados aos direitos e às garantias fundamentais. Assim, é necessário reconhecer que a LEP trouxe consigo uma sólida carga de direitos que avançaram, principalmente, no que se relaciona à dignidade da pessoa detida e, a exemplo disso, têm-se as disposições acerca da progressão de regime, do trabalho, de saúde, dos estudos, de alimentação, entre outros direitos do apenado, isso porque a preocupação do legislador ordinário com a integração social do condenado e com a dignidade dessa pessoa, visando a não reincidência, evidenciou-se como direcionamento substancial a ser seguido.

A redação do artigo 1º da LEP retrata que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, demonstrando a intrínseca relação com um dos Tratados Internacionais mais importantes no que concerne à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o Pacto de San Jose da Costa Rica, quanto à integridade pessoal, estabelece que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. A LEP, então, ao instituir o objetivo da execução Penal, como meio para integração

social e harmônica do condenado, busca claramente, por esse ambiente saudável, justo e digno, a readaptação do preso e a sua reinserção social.

4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS PRESOS

Ultrapassada a fase histórica de que a pena somente era utilizada como retribuição ou prevenção criminal, passou-se a enfrentar a pena como reeducação do delinquente, surgindo, assim, a ideia de que a execução penal deveria promover a transformação do criminoso em não criminoso. Por sua finalidade ressocializadora e educadora, o sistema penitenciário se transformou em tratamento penitenciário, considerando a sua semelhança com tratamentos médicos, psicológicos e pedagógicos.¹⁴⁶

A finalidade do tratamento penitenciário é fazer do encarcerado uma pessoa com a intenção e capacidade de viver em sociedade respeitando a legislação penal, ao procurar desenvolver no apenado uma atitude de estima por si mesmo e de responsabilidade individual e social com apreço pela família, pelo próximo e a sociedade de forma geral.¹⁴⁷

Na exposição de motivos da lei de execuções penais da Alemanha, consta que o fim do tratamento penal do preso é proporcionar-lhe condições para que, futuramente, leve uma vida de responsabilidade social sem novos crimes. A lei de execuções penais italiana determina que deve ser feito um tratamento reeducativo com o encarcerado, tendo em vista o contato deste com o mundo externo e sua reinserção social.

Quando a mão do Estado, por meio do judiciário, impõe a custódia a uma pessoa, seja esta custódia provisória, seja definitiva, surge, nesse momento, a obrigação do Estado em fornecer a essas pessoas os elementos mínimos para sua manutenção no cárcere quanto à alimentação, ao vestuário, à acomodação, ao ensino, à profissionalização, à religiosidade e outros elementos que não confrontem com a natureza da execução da pena.¹⁴⁸

¹⁴⁶ ARÚS, Francisco Bueno. Panorama comparativo dos modernos sistemas penitenciários. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. v. 22, Mês 2, 1969.

¹⁴⁷ VALDEZ, Carlos Garcia. **Comentarios a la legislación penitenciaria**. 2. ed. Madri: Civitas, 1982.

¹⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Buenos Aires: Europa-América, 1947.

A Lei de Execução Penal, de 1984, é a primeira a tutelar, em seu bojo, os direitos fundamentais aos detidos e a primeira legislação que se preocupou, e muito, com a dignidade da pessoa humana presa, pois, logo no seu início, a partir do artigo 11, já se destaca a assistência que o poder estatal deve dar ao preso a fim de prevenir o crime e orientar o apenado para seu retorno ao convívio social. Assim, no artigo supracitado, tem-se: Art. 11. A assistência será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa.

Aliada às assistências que o Estado tem a obrigação de cumprir, a Lei de Execuções Penais ainda elencou um rol específico de direitos dos presos em seu artigo 41, sendo que alguns desses direitos já foram incluídos nas assistências que o Estado deve cumprir frente ao preso, quais sejam: 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 informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Ainda, fora o rol de assistências e direitos já expostos, a Lei de Execução Penal garante aos presos (provisórios e definitivos) direitos que estão esparsos no seu corpo, como o direito do preso de sair do estabelecimento penal para tratamento de saúde e visitar familiar acometido de doença grave ou falecido, conforme consta nos artigos 120 e 121 da referida lei, direito este que será abordado adiante.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos: I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do

Ao perfilhar do mesmo entendimento de R. Limongi França quanto à classificação dos direitos da personalidade, o Direito à vida, à integridade moral e intelectual por ele esmiuçado, há relações diretas com os direitos da personalidade dos presos.¹⁵⁰

4.1 DO DIREITO À VIDA

A constituição assim proclamou: Artigo 5, III, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) cruéis; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral e a Lei de Execução Penal, em seu artigo 40 – impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

As torturas são atos que, por meio de dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa, a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões. Já o tratamento desumano ou degradante, por sua vez, ocorre quando há humilhação de alguém perante si mesmo e perante os outros ou quando se leva uma pessoa a agir contra sua vontade ou consciência.

Ninguém ignora que os presos em todos os tempos e em todos os lugares sempre foram vítimas de excessos e discriminações quando submetidos aos cuidados dos carcereiros e guardas de presídios, violando, assim, aqueles direitos com a rubrica de direitos fundamentais. A imposição do artigo 40 da Lei de Execução Penal protege também os direitos fundamentais do homem, assim como a vida, a saúde, a integridade corporal e a dignidade humana, os mais importantes, porque servem de suporte aos demais que não existiriam sem aqueles. Em virtude desse documento, que tem caráter constitucional, estão proibidos os maus-tratos e castigos, os quais,

artigo 14). Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso. Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 mai. 2019.

¹⁵⁰ FRANÇA, 1980, p. 138.

por suas crueldades ou conteúdos desumanos, atentem contra a dignidade da pessoa, da sua vida.¹⁵¹

A proibição de tortura, de imposição de tratamento desumano ou degradante é uma norma didática dentro do texto constitucional. A proteção já estaria contida no direito à vida, já consagrado em todas as constituições anteriores. No entanto, a explicitação tem caráter didático e pretende lembrar os destinatários da norma e, especialmente, as autoridades encarregadas do processo de investigação criminal.¹⁵²

Agredir o corpo humano é um modelo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí porque as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Mas a Constituição foi expressa em assegurar o respeito à integridade física dos presos, vedando expressamente as práticas contra o corpo e a mente dos encarcerados. Mesmo com a vedação Constitucional, as agressões físicas e psicológicas contra os presos desde sua prisão até o cumprimento de sua pena não cessaram.¹⁵³

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória em relação a seus titulares. Se todo o ser humano se singulariza por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única: o direito de existir.¹⁵⁴

Os destinatários do direito à vida que nos reportamos até agora são cidadãos que vivem livremente em nossa sociedade, mas esse direito fundamental que abarca o respeito à integridade física e moral tem, também como titulares, as pessoas presas que, mesmo com a Constituição tutelando importante direito, o preso tem esse direito tolhido, pois é conduta frequente dentro dos presídios brasileiros as agressões àqueles que estão ali para pagar pelo seu erro e se preparar para retornar ao convívio social.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, produzido pelo Infopen, um órgão ligado ao Ministério da Justiça, retrata a mortalidade de presos dentro do sistema penitenciário brasileiro em que, somente no

¹⁵¹ MIRABETE, 2014, p. 79.

¹⁵² ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁵⁴ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. São Paulo: Paz e terra, 1998.

primeiro semestre de 2016, 425 pessoas presas perderam suas vidas¹⁵⁵, um número alarmante para um país que tutela o direito à vida.

Figura 5 – Taxas de mortalidade para cada 10.000 pessoas privadas de liberdade no primeiro semestre de 2016 por natureza da morte e Unidade da Federação

UF	Óbitos naturais	Óbitos criminais	Óbitos suicídios	Óbitos acidentais	Óbitos com causa desconhecida	Total de óbitos
AC	0,0	5,6	0,0	0,0	0,0	5,6
AL	3,1	4,6	0,0	0,0	0,0	7,6
AM	4,9	6,8	0,0	0,0	0,0	11,7
AP	0,0	7,5	0,0	0,0	11,2	18,7
BA	7,2	2,4	3,2	0,8	4,0	17,5
CE	2,2	11,5	0,0	0,0	26,4	40,1
DF	4,0	2,7	2,0	0,0	2,0	10,6
ES	5,7	0,5	0,0	0,0	0,0	6,2
GO	3,7	6,8	2,5	0,0	0,6	13,5
MA	16,9	5,2	2,6	0,0	0,0	24,7
MG	5,2	4,5	1,2	0,3	0,5	11,7
MS	12,7	2,8	2,2	2,2	0,0	19,9
MT	7,7	1,0	0,0	0,0	0,0	8,7
PA	6,5	10,9	0,7	1,4	4,3	23,9
PB	3,5	9,7	1,8	1,8	0,9	17,6
PE	11,3	6,7	0,6	0,6	0,6	19,7
PI	17,4	17,4	0,0	2,5	0,0	37,2
PR	6,0	1,0	0,2	0,0	0,2	7,4
RJ	NI	NI	NI	NI	NI	NI
RN	4,6	12,6	1,1	0,0	6,9	25,3
RO	7,4	2,8	0,9	0,0	0,0	11,1
RR	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
RS	11,2	1,8	0,0	0,6	0,6	14,2
SC	11,2	0,5	0,0	0,5	0,0	12,1
SE	10,0	2,0	0,0	10,0	2,0	23,9
SP	8,7	0,4	0,7	0,0	0,4	10,3
TO	8,7	11,5	5,8	0,0	0,0	26,0
Brasil	7,7	3,0	0,8	0,4	1,6	13,6

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho/2016.

4.1.1 Do Direito À Alimentação

O direito humano à alimentação adequada está despontando no ordenamento jurídico brasileiro com muita força e vigor. Sua formação começa com a luta pela implantação de políticas públicas de combate à insegurança alimentar. Essa luta teve o objetivo de fixar uma natureza autônoma desse direito, expurgado de uma visão assistencialista e compensatória, com perspectiva de enfrentamento das situações de

¹⁵⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

emergência de combate à fome e à miséria, sem mexer na base estrutural do sistema econômico e político.¹⁵⁶

O direito à alimentação esteve presente em diversos textos constitucionais brasileiros, ora de maneira mais acentuada, ora de maneira mais tímida. Todavia, ao fazer uma análise dos textos, é possível observar sua previsão em vários momentos.¹⁵⁷

Na Constituição Federal vigente, o direito à alimentação passou a ser previsto de maneira expressa no artigo 6º, por meio da Emenda Constitucional nº 64 de 2010, que introduziu a alimentação como direito social. Mesmo antes da referida Emenda, já era possível reconhecer o direito à alimentação em nossa Carta da República, em que o artigo 3 já postulava sobre erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais. Já o artigo 7 da vigente Constituição trouxe um importante dispositivo favorável ao direito à alimentação ao fixar, em seu inciso IV, que um dos direitos básicos do trabalhador é a alimentação. O legislador, ao tutelar os direitos da criança e do adolescente, impôs responsabilidade ao Estado e a família no tocante à garantia da alimentação a esses destinatários.¹⁵⁸

No plano infraconstitucional, o direito à alimentação foi registrado na Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, com o objetivo de assegurar o direito humano à alimentação adequada. É importante ressaltar que tal diploma legislativo antecipou a própria modificação constitucional ocorrida somente em 2010. De acordo com o artigo 2º da referida Lei, uma alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações necessárias para garantir a segurança alimentar e nutricional da população.¹⁵⁹

Na pauta internacional, o direito à alimentação recebeu destaque em diversos instrumentos, dentre eles se destacam: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

¹⁵⁶ BEZERRA, Célia Varela; COSTA, Sônia Maria Alves da (Coords). **Exigibilidade do direito humano à alimentação adequada, experiência e desafios**. Passo Fundo, Instituto Superior de Filosofia Berthier - IFIBE, 2008.

¹⁵⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Democracia, liberdade e justiça social: fundamentos para uma teoria jurídica do reconhecimento**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

de 1966; a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial de 1996; e, por fim, o Protocolo de San Salvador de 1999.¹⁶⁰

O direito à alimentação integra o mínimo existencial, isto é, o núcleo do intangível da dignidade humana.¹⁶¹ Programas como o da renda mínima, o qual fora proposto pelo Senador Suplicy, em 1991, e adotado em vários municípios, sendo um programa semelhante adotado pelo governo Fernando Henrique e, especialmente, o bolsa família do governo Lula, são inegavelmente tendentes à satisfação de um mínimo vital do direito fundamental à alimentação, não o mínimo essencial, que apenas se efetivará com a alimentação adequada.¹⁶²

É preciso fazer uma distinção entre o direito à alimentação e o direito a ser alimentado. O primeiro, previsto em nossa Constituição, insiste no direito a se alimentar de forma digna e se espera que o cidadão satisfaça suas próprias necessidades com seu próprio mérito, utilizando seus meios disponíveis. Trata-se, portanto, de conceito diferente do direito a ser alimentado segundo o qual compete ao Estado entregar alimentos de forma gratuita aos mais necessitados.¹⁶³

Da mesma forma que a Constituição impõe ao Estado a responsabilidade de fornecer alimentação digna aos cidadãos em liberdade, essa responsabilidade do Estado também se estende àqueles que tiveram suas liberdades restringidas.

Segundo as Regras Mínimas da ONU, todo preso deve receber do Estado uma alimentação de boa qualidade, bem preparada e bem servida, cujo valor nutricional seja suficiente para manter sua saúde e sua força. A alimentação no sistema penitenciário é de grande importância, não só pelo direito constitucional de ter uma alimentação digna, mas também por incidir positiva ou negativamente na disciplina dos presos, pois uma boa alimentação não fará feliz um homem que está preso, no entanto evitará rebeliões.¹⁶⁴

Como já destacado em capítulo anterior sobre a assistência material do preso, a alimentação servida no sistema penitenciário brasileiro é a pior possível, sendo que, na maioria das vezes, os alimentos chegam estragados, avariados e frios, causando

¹⁶⁰ CARVALHO FILHO, 2002, p. 245.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁶³ PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁶⁴ GUZMAN, 1983, p. 99.

revolta entre os detentos e, conseqüentemente, gera indisciplina entre presos e agentes da segurança pública.

No tocante à assistência à alimentação ao preso, o professor Renato Flávio Marcão elucida que a assistência material ao preso e ao internado consistirá na provisão pelo Estado de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Ademais, o artigo 13 da Lei de Execução Penal dispõe sobre o estabelecimento penal colocar à disposição dos presos instalações e serviços que os atendam nas suas necessidades pessoais, bem como locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.¹⁶⁵

A regra do artigo 13¹⁶⁶ se justifica em razão da natural dificuldade dos presos e internados pela aquisição de objetos materiais, de consumo ou de uso pessoal que o Estado não fornece ou, ainda, fornece material de baixa qualidade. Todavia, na maioria do Sistema Penitenciário brasileiro, essa regra está em desuso, já que, para a aquisição dos produtos dentro dos presídios, demanda-se entrada de dinheiro e, dentro desse lugar, o dinheiro, muitas vezes, tem sua função desviada, como para compra de aparelhos celulares, drogas e suborno de agentes penitenciários. Por isso a regra desse artigo não tem sido mais utilizada dentre os presos.

A alimentação dos presos também deve obedecer às regras mínimas previstas em mandamentos internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente os que decorrem das Regras Mínimas da ONU, de 1955¹⁶⁷, ou Regras de Mandela, como também se denomina, ao determinar o fato de que a alimentação da pessoa presa deverá ocorrer em horas estipuladas, sendo de boa qualidade, bem preparada e servida, cujo valor nutritivo seja suficiente para a manutenção da saúde do condenado com a possibilidade de o preso dispor de água potável quando dela necessitar.

Como é notório, particularmente o Estado somente cumpre o que não dá para evitar, proporcionando alimentação ao preso e ao internado que, na maioria das

¹⁶⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁶⁶ Art. 13. O estabelecimento disporá 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 mai. 2019.

¹⁶⁷ Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos – 1955. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

vezes, não é a mais adequada, de modo a prejudicar a saúde dos presos. Conforme relatou, em 2017, o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, apesar de o Brasil gastar R\$ 20,47 bilhões de reais por ano com alimentação dos presos, a comida entregue é de má qualidade, não atendendo aos requisitos nutricionais exigidos, sendo uma das principais causas de rebeliões nos presídios brasileiros, além de transformar os presos em obesos e diabéticos.¹⁶⁸

A título de exemplo de alimentação servida nos presídios brasileiros, pesquisamos a alimentação dos Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais. O RJ coloca à disposição dos detentos o cardápio de almoço e jantar composto por arroz ou macarrão, feijão, farinha, carne branca ou vermelha (carne, peixe, frango), legumes, salada, sobremesa e refresco. O desjejum é composto por pão com manteiga e café com leite. Já o lanche é um guaraná e pão com manteiga ou bolo. Já em MG, os presos têm direito ao café da manhã com 200 ml de café + 200 ml de leite e pão com margarina. O almoço é servido com arroz, feijão, guarnição, proteína, salada, sobremesa e fruta. No lanche da tarde, é servido pão com margarina + 300 ml de suco. O jantar repete os itens do almoço, com exceção da salada. Banana, laranja, maçã e mamão estão entre as frutas oferecidas.¹⁶⁹

Ainda segundo a Revista Food Service News, o Estado de Minas Gerais é o Estado que tem fornecido melhor alimentação aos presos, mesmo nos presídios administrados pelo Governo, pois alguns presídios do Estado já foram privatizados, fornecendo, assim, uma alimentação de qualidade aos detentos.¹⁷⁰

Entretanto, o que ocorre em parte dos presídios do Estado de Minas Gerais não ocorre nos demais estados da federação que têm fornecido uma alimentação desumana aos encarcerados. Assim, o Direito da Personalidade e o Direito Fundamental à alimentação, tutelados em nossa Constituição Federal, especificamente nos artigos 6, 7, 227 e pelo Código Civil, ficam cada vez mais afrontados pelo Poder Público.

No Sistema Penitenciário do Paraná, as reclamações da péssima qualidade da alimentação ocorrem de forma permanente, conforme recentemente acompanhou

¹⁶⁸ Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/agosto/comida-de-ma-qualidade-transforma-presos-do-pais-em-obesos-e-diabeticos>.

¹⁶⁹ COMO funciona a alimentação em prisões. **Food Service News**, 6 fev. 2017. Disponível em: <http://www.foodservicenews.com.br/como-funciona-a-alimentacao-em-prisoas/>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹⁷⁰ Ibid.

a Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da OAB/PR, após reclamações dos presos da Região metropolitana de Curitiba sobre a qualidade da alimentação.¹⁷¹

Hodiernamente, a alimentação ruim oferecida aos presos, na maioria do Sistema Penitenciário brasileiro, acarreta sérios problemas de saúde a eles, ao causar doenças, de modo a transformar as penitenciárias em depósitos de doentes.

4.1.2 Direito À Saúde

A constituinte de 1988 foi a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde em seus artigos 6 e 196 a 200. Outros textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de socorros públicos.¹⁷² Nos causa admiração observar como um bem tão magnífico e relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. Cremos que foi a Constituição Italiana a primeira a reconhecer a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade. Na sequência, a Constituição Portuguesa deu uma formulação universal mais precisa, melhor do que a Constituição espanhola e a da Guatemala, sendo que essas constituições relacionam à saúde com a seguridade social.¹⁷³

A compreensão do que seja saúde implica sua conceituação a partir da ótica de uma política destinada à prevenção e ao tratamento dos males que afligem o corpo e a mente humana, com a criação, inclusive, de um sistema organizado que atenda aos doentes.¹⁷⁴

A definição da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade, algo a ser frequentemente afirmado diante da profunda miséria que atravessava a maioria da nossa população. Consequentemente, a briga e a compreensão da saúde passam pela afirmação da

¹⁷¹ Comissão acompanha qualidade da alimentação no sistema carcerário. Disponível em: https://www.oabpr.org.br/comissao-acompanha-qualidade-da-alimentacao-no-sistemacarcerario/?fbclid=IwAR12Rcem6a6e-FUS1UKZRRtG_MeVNpYtgaBezWVwTt3_NwCp8ArIK1YIMYs. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹⁷² SERRA, José; AFONSO, José Roberto R. Tributação, seguridade e coesão social no Brasil. In: CEPAL, **Série Políticas Sociais**, n. 133, Santiago: Nações Unidas, 2007.

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁷⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2001.

cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.¹⁷⁵

É no âmbito do direito à saúde que se manifesta, de forma mais contundente, a vinculação do seu respectivo objeto como o direito à vida e o princípio da dignidade humana.¹⁷⁶ Embora haja o reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após sua morte, o fato é que a dignidade atribuída ao ser humano é essencialmente da pessoa humana viva. O direito à vida assume, no âmbito dessa perspectiva, a condição de ter direitos verdadeiros, constituindo, além disso, uma pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.¹⁷⁷

Consta, no artigo 196 da Constituição Federal, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Nos termos do artigo 198 da Carta Magna de 1988, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços essenciais, assegurando-se, sobretudo, a participação da sociedade.¹⁷⁸

Ao criar o sistema único de saúde, o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, como forma de melhor concretizar esse direito social. Sua concepção decorreu em parte da evolução do sistema que, antes, era instituído em nível ordinário, como o Sistema Nacional de Saúde e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.¹⁷⁹

Como os demais direitos fundamentais, sendo um direito à saúde o dever do Estado perante todos os cidadãos, as pessoas encarceradas não poderiam deixar de

¹⁷⁵ ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: LTr, 1999.

¹⁷⁶ ESCOBAR, Guillermo (dir.). **Protección de la salud. IV Informe sobre Derechos Humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsmen.** Madrid: Trama, 2006.

¹⁷⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Schawarez, 1991.

¹⁷⁸ MENDES; BRANCO, 2017, p. 89.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88, **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 67, jul./set. 2008.

receber importante direito, pois, mesmo com sua liberdade restrita, os detentos necessitam se tratar, ainda mais quando se estão detidos dentro de masmorras como são conhecidas as insalubres celas do sistema penitenciário brasileiro, facilitando a proliferação de doenças entre eles.

Diante do compromisso com a saúde da imensa população carcerária, o Governo Federal, por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, editou a Resolução nº 7, de 14 de abril de 2003, na qual recomenda, em seu artigo 1, a adoção de um elenco mínimo de ações de saúde que devem ser implantadas nos sistemas prisionais do Estado, com destaque para a prevenção e o controle da tuberculose, doenças sexualmente transmissíveis, AIDS, hanseníase, hipertensão arterial e diabetes, além de câncer de serviço uterino e de mama. Recomendam-se, ainda, ações dirigidas à saúde mental, à saúde bucal, à realização de pré-natal e à imunização para a hepatite B e tétano.¹⁸⁰

Como providência mais correta, as Regras Mínimas da ONU aconselham que, nos estabelecimentos cuja importância exija o serviço ininterrupto de um ou vários médicos, no mínimo um deles deverá residir no local ou em suas imediações. Se o estabelecimento prisional não exigir essa medida, o médico deverá visitar diariamente os presos e não residir muito distante para, em casos de emergência, ser localizado com rapidez.¹⁸¹

O texto constitucional brasileiro e as suas resoluções, aliadas aos documentos internacionais sobre a saúde da pessoa presa, retratam a realidade vivida no falido sistema penitenciário pátrio, no qual, a cada dia que se passa, mais presos adquirem doenças, como tuberculose, ficando meses sem atendimento médico, pois não há médicos suficientes para atender toda a demanda do sistema prisional, atingindo, de forma direta, os Direitos da Personalidade dos detidos.

Como qualquer pessoa livre, o cidadão recluso também tem o direito a atendimento médico-hospitalar dentro da prisão. Os estabelecimentos prisionais devem ter locais apropriados e equipes prontas ao atendimento da saúde dos detentos, evitando, dessa forma, a demora na prestação desse direito fundamental àquele que necessita com certa urgência.

¹⁸⁰ MIRABETE, 2014, p. 136.

¹⁸¹ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

O Direito Fundamental à saúde, um dos pilares da dignidade da pessoa humana, também veio integrar o rol de assistências que o Estado deve fornecer ao preso. Como já descrito anteriormente, mesmo com a edição da Lei de Execução Penal ser anterior à Carta Magna de 1988, a LEP, por meio das Regras Mínimas para o Tratamento do Recluso de 1955, preocupou-se, de forma considerável, com a saúde do ser humano encarcerado, direito este que também veio ser tutelado na sequência de modo especial pela Constituição Federal de 1988 em vários artigos, em especial pelos artigos 6, 7 e 196 a 200.

O direito à saúde também foi deixado de lado pelo Estado, assim como os demais direitos, ao causar, dessa forma, um efeito cascata de epidemias, mortes e transmissões de doenças entre presos e seus familiares. Ao não prestar a efetiva e obrigatória assistência à saúde aos presos e aos internados, os Estados passam a transgredir preceitos legais infraconstitucionais e internacionais, isso porque o artigo 196, da Constituição Federal, postula que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.¹⁸²

Além de constar na Lei de Execução Penal, Constituição Federal e Tratados Internacionais, a saúde do preso foi motivo de tutela pelo Governo Federal em 2003, quando foi editado o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário por intermédio da Portaria Interministerial nº 1777, de 09 de setembro de 2003. Esse plano prevê a inclusão da população penitenciária no SUS, garantindo que o direito à cidadania se efetive na perspectiva dos Direitos Humanos. O acesso dessa população a ações e serviços de saúde é legalmente definido pela Constituição Federal de 1988, pela Lei nº 8.080, de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, bem como pela Lei de Execução Penal nº 7.210, de 1984.

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário contempla, essencialmente, a população recolhida em penitenciárias, presídios, colônias agrícolas e/ou agroindustriais e hospitais de custódia e tratamento, não incluindo presos do regime aberto e presos provisórios, recolhidos em cadeias públicas e distritos policiais. Segundo esse plano, para o correto atendimento dos presos, cada unidade prisional deve contar com uma equipe integrada e formada por um médico,

¹⁸² SILVA, 2009, p. 174.

um enfermeiro, um dentista, um psicólogo, um auxiliar de enfermagem, um auxiliar de consultório odontológico e um assistente social. Cada equipe de saúde será responsável por 500 presos e os estabelecimentos com menos de 100 presos não terão equipes exclusivas. Os profissionais designados para atuarem nesses estabelecimentos, com pelo menos um atendimento semanal, podem atendê-los na rede pública de saúde.¹⁸³

É incontroversa a falta de profissionais de saúde para a população que está livre, já que vemos, de certo modo todos os dias, notícias a respeito da precariedade dos hospitais atendidos pelo Estado. Não seriam diferentes a precariedade e a falta de profissionais no sistema de saúde para os que estão enclausurados. Faltam médicos, enfermeiros nos presídios e remédios, inclusive medicamentos básicos, como analgésicos. Essa precariedade no tocante à saúde dos encarcerados tem contribuído para doenças se proliferarem, por exemplo, a tuberculose e a AIDS, em detrimento dos detentos, funcionários e da própria população. Por isso podemos considerar os presídios como incubadoras de doenças. No atual cenário de abandono e sucateamento do Sistema Penitenciário brasileiro, é preciso ter em mente que as pessoas presas não foram condenadas a passarem fome, frio, a viverem aglomeradas, a contraírem AIDS e tuberculose, dentre outras doenças nos estabelecimentos penais. No momento em que o réu recebe a sentença que o priva da liberdade, é como se estivessem implícitas diversas outras punições.¹⁸⁴

A tutela pelo Direito Fundamental à Saúde na Lei de Execução Penal não se esgota nos artigos 10 e 14, pois o legislador novamente tratou acerca da saúde do preso no artigo 41, cravando-o como direito do preso. O legislador não parou por aí no tocante a esse direito: no texto do artigo 88, prevê-se que o condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, e a letra a do § único do mesmo artigo se atentou para a salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana.¹⁸⁵

¹⁸³ MACHADO, Cristiano. Violação do direito à saúde do preso: a prevalência da tuberculose no sistema prisional. **Jus**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53888/violacao-do-direito-a-saude-do-presos-a-prevalencia-da-tuberculose-no-sistema-prisional>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁸⁴ SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. Execução Penal: controle da legalidade. In: CARVALHO, Salo. **Crítica a execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁸⁵ MENEZES; MENEZES, 2014.

Lê-se, ainda na LEP, em seu art. 117, a informação de que somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenado maior de setenta anos, condenado acometido de doença grave, condenado com filho menor ou sendo deficiente físico ou mental e condenada gestante.

A prisão domiciliar foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 5.256/1967 para recolher o preso provisório em sua própria residência nos locais onde não havia um espaço próprio àqueles que necessitavam de prisão especial. Mas como o Estado, há tempos, vem se eximindo de sua responsabilidade na construção de presídios e na contratação de pessoal da área da saúde para tratar acerca dos reclusos, o judiciário, preocupado com a dignidade humana dos detentos, começou a estender a prisão domiciliar aos presos que não estavam sendo tratados de forma digna pelo Estado, ao surgir a necessidade de alteração legislativa na Lei de Execução Penal.¹⁸⁶

Nossos Tribunais Superiores já entendem, de forma pacífica, que, diante da ineficácia do Estado em prestar a assistência médica adequada ao condenado, será concedido o benefício da prisão domiciliar até seu reestabelecimento (STF. EP 23 AgR/ DF; STJ. HC 28588/RS).

A CPI do sistema carcerário concluiu, em 2009, que a doença na prisão é facilmente transmitida em face do ambiente insalubre e superlotado. Dessa maneira, classifica como essenciais, no processo de melhoria do ambiente carcerário, as assistências: médica, farmacêutica, odontológica e psicológica, além de instalações médico-sanitárias para os presos, pois a miséria humana é muito evidente nos presídios brasileiros.¹⁸⁷

Já o relatório do DEPEN nacional de 2017, exatamente oito anos após a publicação dos dados da CPI do sistema carcerário, retrata uma melhora na saúde

¹⁸⁶ MIRABETE, 2014, p. 65.

¹⁸⁷ Em suas diligências, a CPI se deparou com situações de miséria humana. No distrito de Contagem, na cela nº 1, um senhor de cerca de 60 anos tinha o corpo coberto de feridas e estava misturado com outros 46 detentos. Imagem inesquecível! No Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, em São Paulo, vários presos com tuberculose se misturavam, em cela superlotada, com outros presos aparentemente “saudáveis”. Em Ponte Nova, os presos usavam creolina para curar doenças de pele. Em Brasília, os doentes mentais não dispunham de médico psiquiátrico. Na penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão, presos com gangrena na perna. Em Santa Catarina, o dentista arranca do detento o dente bom e deixa o ruim no lugar.

dos presos brasileiros, em que 85% dos encarcerados estavam em celas, conforme descrito no módulo de saúde dos estabelecimentos penais.¹⁸⁸

Ainda no tocante à saúde da pessoa presa como direito da personalidade, analisaremos a higiene do encarcerado, que está intimamente ligada ao direito à vida e que o Estado também tem de garantir aos reclusos. Alguns estados fornecem material de higiene de baixa qualidade e em pouca quantidade. Há alguns estados, porém, que nem essa assistência mínima dá devido à falta de verba. Nesses casos, todo material higiênico do preso vem por parte da família, que tem um custo mensal alto para tentar manter a higiene do seu ente que se encontra preso. Os familiares têm de levar nas visitas ou mandar pelo correio o material de higiene, como pasta ou gel dental, sabonete, escova de dente, papel higiênico, desodorante, aparelho de barbear, dentre outros produtos.

Acontece que a maior parte das pessoas presas no Brasil é proveniente de família humilde e sem qualquer condição financeira para arcar com uma despesa que é única e exclusiva do Estado, fazendo com que algum membro dessa família venha a delinquir para sustentar o seu ente que se encontra aprisionado. Isso é algo muito sério, pois o Estado sobrecarrega as famílias que, em momento de desespero, acabam cometendo crimes e aumentando a população carcerária para fazer o papel do Estado na sociedade. Há, além disso, aqueles presos que não têm visitas ou familiares que dependem única e exclusivamente da doação de outros presos, sentindo-se o pior ser humano da face da terra.

Ademais, em relação à assistência material sobre a higiene dos presos, agora no que concerne às instalações, ou seja, às celas, a LEP, em seu artigo 12, apenas especifica algumas condições acerca de como devem ser as celas que o condenado deverá permanecer, sendo em cela individual de, no mínimo, seis metros quadrados, com dormitório, aparelho sanitário, lavatório e que possua ventilação, insolação e condicionamento térmico adequado.

Já as Regras Mínimas para o Tratamento do Recluso da ONU expõem com detalhes, em seus artigos 15 e 16, como devem ser as celas consideradas ideais para

¹⁸⁸ A definição da lista de espaços mínimos e complementares que podem compor o módulo de saúde das unidades prisionais foi estabelecida a partir de diferentes diretrizes que disciplinam a composição dos equipamentos de assistência à saúde: Portaria Interministerial nº 1 de 2 de janeiro de 2014, que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP); Resoluções CNPCP de n.º 06/2006 e 09/2011; Anexo II da Portaria Interministerial nº 1.777/2003; e Resolução de Diretoria Colegiada da Anvisa nº 50/2002.

os presos, destacando os seguintes aspectos: as celas devem ser ocupadas por apenas um detento; as celas devem ter a higiene de acordo com o clima, nos locais em que os presos trabalhem e estudem; as janelas devem ser grandes para que entrem luz natural e vento fresco; a luz artificial deve ser suficiente para que não cause prejuízo à visão; as instalações sanitárias devem ser asseadas e decentes; as áreas frequentadas, regularmente, devem ser mantidas limpas; os detentos devem receber roupas adequadas ao clima, ou seja, é facultado ao preso utilizar suas roupas e é preciso que a roupa da cama sempre seja trocada para manter a limpeza.¹⁸⁹

A Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário realizada pela Câmara dos Deputados em 2007, com relatório final no ano de 2009, concluiu que, nos estabelecimentos penais inspecionados pela CPI, os presos, na maioria deles, não têm acesso à água potável, nem água para o banho, não havendo locais adequados para esse tipo de limpeza.¹⁹⁰

O relatório da CPI ainda retrata que o Estado não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentifrício, escova de dente e toalhas. Nesse caso, os detentos são obrigados a adquiri-los no próprio estabelecimento penal, nos locais destinados à sua venda ou no mercado paralelo e

¹⁸⁹ Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Regra 15. As instalações sanitárias devem ser adequadas, de maneira que os reclusos possam efetuar as suas necessidades quando precisarem, de modo limpo e decente. Regra 16. As instalações de banho e duche devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou duche a uma temperatura adequada ao clima, tão frequentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas, pelo menos uma vez por semana, em um clima temperado. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁹⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. RELATÓRIO DA CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO. Nos estabelecimentos penais inspecionados pela CPI, em muitos deles, os presos não têm acesso à água e, quando o têm, o Estado não lhes disponibiliza água corrente e de boa qualidade. Igualmente, não são tomadas medidas suficientes para assegurar que a água fornecida seja limpa. Em muitos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. Em outros, os presos armazenam água em garrafas de refrigerantes, em face da falta constante do líquido precioso. Em vários presídios, presos em celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água. Em outros, a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia. Muitos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso. Não raras vezes os banheiros estão localizados em outras áreas e nem sempre os presos têm acesso ou permissão para utilizá-los. Situação similar ocorre para as instalações destinadas a banho. O Estado também não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentifrício, escova de dente e toalhas. Nesse caso, os detentos são obrigados a adquiri-los no próprio estabelecimento penal, nos locais destinados à sua venda ou no mercado paralelo explorado clandestinamente na unidade prisional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=018.3.53.O&nuQuarto=63&nuOrador=5&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=17:06&sgFaseSessao=CP&Data=19/02/2009>. Acesso em: 02 jun. 2019.

explorado clandestinamente na unidade prisional. A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixos por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável.

É evidente que a consequência de todo esse descaso do estado para com os direitos da personalidade dos presos resulta em um mau cheiro insuportável, além da proliferação de moscas, baratas e outros bichos, e o mais alarmante: as doenças trazidas por essa falta de tutela de direitos.

4.2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação foi merecedora de expressa previsão constitucional já na Carta Imperial de 1824, a qual, no seu artigo 179, XXXII, previa o direito à instrução primária e gratuita para todos os cidadãos. Embora tenha ocorrido a anulação de tal direito da Constituição de 1891, a contar de 1934, o direito à educação passou a figurar novamente no texto constitucional contínua e progressivamente, em termos quantitativos e qualitativos, nas demais Constituições, ainda que com alguma variação até alcançar, pelo menos em termos de quadro evolutivo nacional, o máximo nível de regulação constitucional à atual Lei Maior.¹⁹¹

Há praticamente 70 anos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já estipulava a educação como um direito humano.¹⁹² Essa concepção foi confirmada e estudada em diversos outros documentos internacionais editados nas décadas seguintes, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas de 1966.

A educação é a precursora do pleno desenvolvimento do indivíduo e da construção de sua dignidade: é no processo de educação que a capacidade cognitiva do ser humano exprime-o como metafísico, vislumbra fins e constrói sua dignidade,¹⁹³

¹⁹¹ SARLET, 2014, p. 25.

¹⁹² BITTAR, Eduardo C. B. Educação e Metodologia para os Direitos Humanos apud WOLKMER, Antônio Carlos. **O que a história tem a dizer sobre educação em direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹⁹³ ZENNI, Alessandro Severino Vállar; FÉLIX, Diogo Valério. Educação para construção de dignidade: tarefa eminente do direito. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, Maringá-PR, v. 11, n.1, p. 169-192, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1736>. Acesso em: 05 nov. 2018.

de forma a “tornar a convivência uma união justa e humana, dando sentido, inclusive, às promessas constitucionais de edificação de sociedade justa, fraterna e solidária”.¹⁹⁴

A educação é o direito social fundante da cidadania e o primeiro na ordem das citações. Isso equivale afirmar que, sem educação, não pode haver cidadania, e o pleno exercício da democracia encontrar-se-á repellido se este direito social não for amplamente assegurado à população. Até porque, o modelo contra o ideológico de educação implica práticas pedagógicas que levam o sujeito a pensar por si só percebendo que está errado, agir, ter atitude e ir em busca da solução. O indivíduo sem cidadania vive à deriva, sem rumo, torna-se vítima das circunstâncias.¹⁹⁵

Dentre os direitos sociais, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.

No Brasil, em razão do histórico descaso do Estado referente ao oferecimento de uma rede educacional extensa e de qualidade, ocorreu a marginalização de amplos setores da sociedade, prejudicando, inclusive, a concretização de outros direitos fundamentais.¹⁹⁶

A Constituição do Brasil proclamou abertamente como direito social o direito à educação, em seu artigo 6. Não estabeleceu, contudo, de imediato, qualquer especificação de conteúdo ao alcance, mas o conteúdo mínimo pode ser facilmente estabelecido. Nessa senda, esse direito significa, primariamente, o direito de acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino. Desta feita, o conteúdo mínimo do direito à educação é o acesso ao conhecimento básico e capacitações, que deve ser ofertado de forma regular e organizada.¹⁹⁷

A necessidade de consolidar o direito à educação com o direito fundamental foi bastante discutida no processo da constituinte de 1988. A preocupação com a concretização desse direito social e a busca para superar a ineficiência do modelo de educação oferecido no Brasil acabaram por dar origem ao mandado de junção.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à Educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, julho/2002, p. 245-262. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010015742002000200010&script=sciabstract&lng=pt>. Acesso em: 29 nov. 2018.

¹⁹⁶ SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

¹⁹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, 2003, p. 66

Foi também no artigo 205 que a Carta da República especificou o direito à educação, estabelecendo que deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho. Esses objetivos expressam o sentido de que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se que, a partir de então, o fato de compreender o conteúdo da própria educação como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Dessa maneira, isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não o acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.¹⁹⁹

Além da previsão geral dos artigos 6 e 205 da Constituição Federal, que consagra o direito à educação como o direito de todos e dever do Estado, o texto constitucional detalhou o seu âmbito de proteção também nos artigos 205 a 214. Nesse sentido, estabeleceu uma série de princípios norteadores da atividade do Estado com vistas a regularizar esse direito, tais como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, as várias ideias e concepções pedagógicas e a autonomia universitária, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, gestão democrática do ensino público, garantia de padrão de qualidade de piso salarial profissional nacional para os professores da educação pública nos termos da Constituição Federal. Dispôs, ainda, sobre o fato de que a união, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal devem organizar seus sistemas de ensino em regime de colaboração.²⁰⁰

Nos termos do Texto Maior, assegurou-se a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, com oferta gratuita aos que não tiverem acesso na idade própria, a progressiva universalização do ensino médio gratuito, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, e a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 anos de idade.²⁰¹

Conforme preconizou a Constituição Federal, a educação é um direito de todos e dever do Estado e, assim, as pessoas que estão com suas liberdades restritas também merecem receber, dentro das unidades prisionais, o acesso à educação.

¹⁹⁹ TAVARES, 2017, p. 153.

²⁰⁰ MENDES; BRANCO, 2017, p. 199.

²⁰¹ MENDES; BRANCO, 2017, p. 199.

Cresce cada vez mais a corrente sobre a importância dos estudos no ambiente prisional, pois, ao lado do trabalho, a educação tem ocupado as principais posições nos debates acadêmicos e profissionais, como elemento a implementar o processo de inclusão.

No tratamento reformador, a educação intelectual dos aprisionados é um elemento básico, já que essa instrução proporciona ao preso maiores facilidades para ganhar lícitamente seu sustento no momento em que ganhar sua liberdade. Em todas as partes, concede-se grande importância à educação enquanto um instrumento para facilitar sua recuperação social.²⁰²

É muito comum que encontremos, na população carcerária, indivíduos que não receberam ou não completaram seus estudos, sejam eles fundamentais, médios, sejam superiores. A execução penal não tem a finalidade de segregar o autor de um delito, mas contribuir para o seu crescimento e integração social. Nesse processo, deverá ser preciso, então, possuir um assento à empreitada educacional na vida do cidadão recluso, como valoração da dignidade humana e instrumento a possibilitar o exercício de atividades ao egresso²⁰³.

Conforme estabelecido pela Lei de Execução Penal, o acesso à assistência educacional é um direito garantido à pessoa privada de liberdade e deve ser oferecido pelo Estado na forma de instrução escolar e formação profissional, visando à reintegração da população prisional à sociedade.

A instrução dos detentos deverá se coordenar no que for possível com o sistema de ensino público, a fim de que, ao ser libertado, possa continuar, sem dificuldades, a sua preparação educacional.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 17, prevê o ensino de primeiro grau como educação obrigatória que, atualmente, corresponde ao ensino fundamental. Pela leitura do texto, depreende-se que o estabelecimento prisional deverá possuir instalações adequadas para o estudo, contando com sala de aula, material didático e professor habilitado. No entanto, a administração penitenciária poderá celebrar convênios com entidades públicas e privadas para que executem essa atividade ou ofereçam, intramuros, os cursos especializados.

²⁰² COELHO, Sérgio Neves. **Do objeto e da aplicação da Lei de execução penal**: curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

²⁰³ BRITO, 2011, p. 121.

Diante da importância fundamental da educação aos detentos, a Lei nº 12.245, de 24 de maio de 2010, tornou obrigatória a instalação nos estabelecimentos penais de salas de aulas destinadas a curso de ensino básico e profissionalizante e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, pela resolução nº 3, de 11 de março de 2009, estabeleceu as diretrizes básicas para oferta de educação nos estabelecimentos penais.²⁰⁴

Com a obrigatoriedade de oferecer estudos aos presos, surgiu também a remição de pena pelos estudos e pela leitura encartada no artigo 126 da Lei de Execução Penal, em que os encarcerados que estão nos regimes fechado e semiaberto podem remir um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, atividade de ensino fundamental, médio, profissionalizante ou superior, ou, ainda, de requalificação profissional, divididas, no mínimo, em três dias.

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.²⁰⁵

Com o sistema penitenciário brasileiro falido e sucateado como está, faltando estrutura para abrigar os presos em suas lotadas celas, pode-se imaginar que não há o mínimo de estrutura para salas de aula dentro dos presídios, sendo feito tudo no famoso “jeitinho brasileiro”. A exemplo disso, tem-se que a parte da estrutura administrativa é diminuída para abrigar pequenas e poucas salas de aulas, isso quando o administrador da Unidade Penal se preocupa com esse direito fundamental para a pessoa presa, senão mais um direito fundamental foi tirado do ser humano.

A educação no sistema penitenciário é iniciada a partir da década de 1950. Até o princípio do Século XIX, a prisão era utilizada, unicamente, como um local de contenção de pessoas – uma detenção. Não havia a proposta de requalificar os presos. Essa proposta veio a surgir somente quando se desenvolveu, dentro das prisões, os programas de tratamento. Antes disso, não havia qualquer forma de trabalho, ensino religioso ou laico.

Desse modo, em meados dos anos 50, já se constatou o fracasso do sistema prisional, o que motivou a busca de novas metas pelas autoridades, ocasionando na

²⁰⁴ MIRABETE, 2014, p. 199.

²⁰⁵ Art. 126, § 5º. BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 out. 2018.

inserção da educação escolar nas prisões. Foucault²⁰⁶ asseverou que a educação dos presos é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento.

Muito embora possa constar, em outras Constituições brasileiras, o direito à educação dos presos, a Lei de Execução Penal fincou, em seus artigos 17 a 21, o dever do Estado em oferecer aos presos assistência educacional e, logo após isso, a Constituição Federal de 1988 também tutelou esse direito fundamental em seus artigos 205 e 208, principalmente. Mesmo assim, a maioria dos presos não possui, atualmente, a oportunidade de estudo e aperfeiçoamento técnico durante o cumprimento de sua pena.²⁰⁷

Segundo Marcão, é claro o liame entre a educação com a efetiva ressocialização da pessoa presa, pois a assistência educacional tem como objetivo proporcionar ao apenado melhores condições de readaptação social, preparando-o para o retorno à vida em liberdade e à sociedade de maneira mais adequada, conhecendo ou aprimorando certos valores de interesse comum.²⁰⁸

Com a abertura do acesso educacional aos presos, a Lei Federal nº 12.433/2011 assegurou ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto a possibilidade de remir, pelo estudo, parte do tempo de pena, à proporção de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias²⁰⁹. A Lei nº 12.433/2011 foi ao encontro do disposto da Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça, que já enfatiza que a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob o regime fechado ou semiaberto. O artigo 18 da LEP estabelece a obrigatoriedade do ensino fundamental a todos os presos.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹⁰, a educação é um direito inerente a todo ser humano e deve ter como principal foco o pleno

²⁰⁶ FOUCAULT, 2000, p. 224.

²⁰⁷ De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho/2016, apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares.

²⁰⁸ MARCÃO, 2016, p. 100.

²⁰⁹ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

²¹⁰ NAÇÕES Unidas. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.

desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, estabelece que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A atividade educacional aos presos não pode ser considerada uma simples regalia concedida pela administração penitenciária, de forma extra e opcional. O estudo aos encarcerados deve ser considerado um elemento principal em todo conceito, capaz de oferecer aos presos oportunidades para um melhor aproveitamento do tempo daqueles que permanecem na prisão. A educação nos presídios tem de atender às necessidades básicas, a fim de que todas as pessoas que se encontram na prisão, independentemente do tempo, possam aprender habilidades, tais como ler, escrever, fazer cálculos básicos que contribuirão para sobreviver quando retornarem à sociedade.²¹¹

Nesse sentido, é necessário abordar a urgente necessidade da alfabetização básica do preso inserido no sistema prisional, pois é sabido que no Brasil, estatisticamente, 75% dos presos são analfabetos ou semianalfabetos, estatística essa que é alarmante pelos seus próprios números, independente de maiores incursões acerca dessa problemática carcerária.²¹²

Atualmente, os presídios brasileiros não oferecem cursos e, quando o fazem, as vagas são insuficientes para atender a todos os presos, pois poucos educadores estão lotados nos quadros administrativos do Estado, e mesmo aqueles que estão presentes sentem a falta de material escolar e estrutura física apta a produzir um bom trabalho educacional.

Português²¹³, ao pesquisar o fornecimento de estudo pelo Governo do Estado de São Paulo, por meio do Programa de Educação de Adultos Presos no Estado de São Paulo, deparou-se com as seguintes dificuldades: a) a ausência de uma coordenação pedagógica própria que atentasse para a especificidade daquele ensino,

²¹¹ COYLE, Andrew. **Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos: manual para Servidores Penitenciários.** Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.

²¹² OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? Método APAC.** São Paulo: Paulinas, 2001.

²¹³ PORTUGUÊS, Manoel Rodrigues. **Educação de adultos presos: possibilidade e contradições da inserção da educação escolar nos programas de reabilitação do sistema penal do estado de São Paulo.** 2001. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo, Faculdade de Educação. São Paulo: USP, 2001.

daquela instituição; b) a não constituição dos educadores em um corpo docente que permaneciam isolados cada qual em suas salas de aula; c) a não existência de trabalhos coletivos deste quadro que ensejassem a organização das atividades escolares pautadas por preceitos pedagógicos; d) a não identificação destes profissionais com o exercício docente no interior da prisão, recaindo sua motivação na gratificação salarial; e) a não caracterização deste ensino na modalidade de suplência, regulamentado desde 1971, pela Lei nº 5.692/71; f) a impropriedade da extensão do ensino da rede regular destinado às crianças e aos adultos presos. Percebe-se, assim, que a problemática encontrada no sistema penitenciário paulista, em relação ao aspecto educacional-pedagógico, não diverge de outros programas educacionais em curso no sistema prisional dos outros estados da federação, pois, em que pese a melhoria gradativa desses projetos, sempre a questão central da estrutura prisional nos moldes atuais continuará a dificultar o acesso à educação.

Nenhuma unidade da Federação tem uma política eficaz de educação nas prisões. Não há um documento idôneo que possa regular as metas de acesso ao estudo, à qualidade e um projeto pedagógico para os presos. O que vemos predominar, atualmente em nosso sistema penitenciário, é a improvisação. A educação nas prisões fica à margem entre a segurança pública, a administração penitenciária e a educação.

A magnitude da educação prisional como instrumento de ressocialização e de desenvolvimento de habilidades e de educação para a empregabilidade é evidente no sentido de auxiliar os reclusos a reconstruir um futuro melhor durante e após o cumprimento da sentença. O intento do encarceramento ultrapassa as questões de punição, isolamento e detenção, na qual a educação auxilia e permite a conquista dos objetivos centrais de reabilitação que incidem em resgate social e educação libertadora em uma dimensão de autonomia, sustentabilidade e minimização de discriminação social. Trabalhar na busca da identidade perdida, além de participar dessa sociedade modernizada e midiaticizada, poderá ser um viés articulador e um grande desafio para gerar mudanças, compromissos e possibilitar aos encarcerados um retorno digno à sociedade.

De acordo com o Relatório do DEPEN de 2017, apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares. Destacam-se os estados da Bahia, do Espírito Santo e do Tocantins como os possuidores dos maiores percentuais

de pessoas envolvidas em atividades educacionais acima da média nacional. Em relação às atividades complementares, 2% da população prisional total do país se encontra envolvida em atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares. O estado do Tocantins se destaca pelo maior percentual de pessoas envolvidas nesse tipo de atividade.²¹⁴

O direito da personalidade à educação, segundo a classificação de R. Limongi França, também abarca o direito à integridade intelectual do preso.

4.3 DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Mais precisamente nos termos do artigo 15 da Lei de Execução Penal, a assistência jurídica é direcionada aos presos e aos internados de baixa renda, sem recursos financeiros para contratar advogado particular, sendo certo que esse direito do preso também está tutelado em outros diplomas legais, como a Lei nº 1.060/50 – art. 5, § 5, e, principalmente, no art. 5, inc. LXXIV, e 134, da CF.

A assistência jurídica decorre do Princípio da Jurisdicionalidade dos atos referentes ao processo de execução penal. Tal princípio faz com que sejam assegurados aos presos e internados as garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, imparcialidade do juiz, devido processo legal, direito à produção de provas no curso do procedimento, direito de petição e autodefesa. Quando a LEP dispôs sobre assistência jurídica, objetivou-se ampliar o campo assistencial ao condenado, pois, à assistência jurídica, importa em educação em direitos e assistência judiciária.

Atualmente, por força do disposto da Lei Complementar Federal nº 80/1994, a assistência jurídica, nas unidades prisionais, é efetivada pela Defensoria Pública que atua de forma direta ou suplementar, fiscalizando os direitos dos presos e prestando os necessários esclarecimentos. Mas vale ressaltar que, ao menos no Estado do Paraná, o quadro de defensores públicos não é capaz de atender a todos aqueles presos necessitados que precisem de assistência jurídica, na qual a – atende esse excesso de presos não recepcionados pela Defensoria Pública como forma de assistencialismo.

²¹⁴ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho de 2016. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Com a constituinte de 1988, esta também resguardou o direito de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Entretanto, com a nova Carta da República, esse direito não ficou restrito somente aos presos e aos internados, mas a todos aqueles desprovidos de recursos financeiros que compõem uma lide.

O preso sem apoio financeiro para contratar advogado e sem amparo jurídico da Defensoria e da OAB, o que ainda ocorre com frequência país afora, tem a seu dispor o direito de petição, constante no artigo 41, XIV, da LE, e no artigo 5, XXXIV, da CF/88, em que o próprio preso ou alguém a seu pedido pode peticionar a qualquer autoridade do país requerendo que seus direitos sejam atendidos. Tal direito, sem dúvida, tem como objetivo precípua assegurar o exercício das prerrogativas típicas de um Estado Democrático de Direito, o qual não tolera abusos ou arbitrariedades, permitindo ao cidadão a possibilidade de vislumbrar, igualmente, os direitos e obrigações para, então, tornar-se, de fato, um sujeito de direitos e obrigações.

A CPI do sistema carcerário relatou, em 2009, que a falta e a deficiência de assistência jurídica aos presos se iniciam desde o momento da prisão. A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no que se refere às drogas –, bem como de maus-tratos praticados pelos agentes policiais.²¹⁵

Preocupado com a falta de assistência judiciária aos presos e a automática subtração do direito da personalidade do preso, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução 62, de 10 de fevereiro de 2009, na qual disciplinou a assistência jurídica voluntária com o fim de que estudantes e advogados façam às vezes da defensoria pública.²¹⁶

4.4 DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

²¹⁵ Relatório da CPI do Sistema Carcerário. Câmara dos Deputados. 2009.

²¹⁶ Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 62, de 10 de fevereiro de 2009. Disciplina, no âmbito do Poder Judiciário, os procedimentos relativos ao cadastramento e a estruturação de serviços de assistência jurídica voluntária.

Não mais importante que as outras assistências já vistas anteriormente, a assistência social tem destaque fundamental na Lei de Execução Penal e destaque, principalmente, na vida dos detentos e seus familiares, pois objetiva preparar, por intermédio de auxílio principalmente verbal, o retorno do apenado ao meio social²¹⁷. Deve-se observar que o compromisso dos assistentes sociais no campo da Execução Penal é garantir àqueles privados de sua liberdade os direitos humanos por meio de uma prática voltada para emancipação humana e que supere esse sistema como controle social e punitivo.

Para a doutrina, Mirabete compreende o Serviço Social do seguinte modo: “Esse serviço não é, apesar da denominação, mera assistência, que consiste em diminuir ou, quando muito, eliminar os efeitos dos problemas ou das situações do assistido, mas constitui-se de tarefas e atribuições que convergem para ajudar aquele que está em dificuldades a fim de que as resolvam, proporcionando-lhes meios para a eliminação das causas desse desajuste”. Já Mirabete define o Serviço Social como “a arte de adaptar o homem à sociedade e a sociedade ao homem”. Alude-se que, dentro da concepção penitenciária moderna, corresponde ao Serviço Social uma das tarefas mais importantes dentro do processo de reinserção social do condenado ou internado, pois ao assistente social compete acompanhar o delinquente durante todo o período de recolhimento, investigar sua vida com vistas na redação dos relatórios sobre os problemas do preso, promover a orientação do assistido na fase final do cumprimento da pena etc.”²¹⁸

Preconiza nossa Lei de Execução Penal, em seu art. 22, que a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. A política de Assistência Social, legalmente reconhecida como direito social e dever estatal pela Constituição de 1988 e pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), vem sendo regulamentada intensivamente pelo Governo Federal, com aprovação pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), por meio da Política Nacional de Assistência Social (2004) e do Sistema Único de Assistência Social (2005)¹⁷. O art. 23 de nossa LEP traz os mecanismos de que se valerão os assistentes sociais no exercício de suas atividades.

²¹⁷ Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

²¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11-07-84. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1992, p. 89.

Segundo Torres²¹⁹, o Serviço Social, como profissão que intervém no conjunto das relações sociais e nas expressões da questão social, encontra, no sistema penitenciário, determinações tradicionais às suas atribuições, que não consideram os avanços da profissão no Brasil e o compromisso ético e político dos profissionais frente à população e às violações dos direitos humanos que são cometidas. Percebe-se que a ação profissional do assistente social dentro dos presídios é limitada devido ao próprio sistema ao qual está inserido, o que deixa o assistente social refém da burocracia institucional na qual está imbuído. Somado a isso, está a falta de recursos físicos, materiais e humanos que deem suporte a integralidade de ações em prol dos direitos humanos, o que vai de encontro com o previsto no Código de Ética do Assistente Social. Tal código retrata, em seu artigo 7, os direitos do assistente social, ao dispor a esse profissional condições dignas de trabalho, seja em entidade pública, seja em entidade privada, de forma a garantir a sua qualidade.

É nesse precário cenário que o assistente social busca responder às demandas dos encarcerados e de seus familiares, tentando garantir os direitos humanos e sociais àqueles que violaram a lei. Desse modo, o assistente social se utiliza de vários instrumentos, como entrevistas com presos e seus familiares, levantamentos de recursos, visitas domiciliares, entre outros. Ademais, deve-se considerar que esses instrumentos são úteis para o conhecimento da realidade social, da demanda social, bem como para um atendimento e intervenção eficaz, tendo em vista que o trabalho desse profissional está focado na intervenção nas diferentes manifestações da questão social, com vistas a contribuir para a redução das desigualdades e injustiça sociais que sofrem e sofreram o encarcerado e sua família.

Infelizmente, a quantidade de profissionais por presos não é suficiente para atender toda demanda. Os assistentes sociais, depois dos advogados, são os profissionais mais requisitados dentro das unidades prisionais.

4.5 DA ASSITÊNCIA RELIGIOSA

²¹⁹ TORRES, Andrea Almeida. Direitos humanos e o sistema penitenciário brasileiro: desafios éticos e político do serviço social. **Revista Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: Cortez, n. 67, Set., 2001.

A última das assistências elencadas no artigo 11, da Lei de Execução Penal, é a assistência religiosa, a qual também toma assento importante na convivência do preso durante sua privação de liberdade e na sua ressocialização.²²⁰

Como já abordado, a questão penitenciária é amplamente discutida na sociedade atual, seja por aspectos relacionados à segurança pública, pela ineficiência do sistema penitenciário na recuperação de apenados, seja por suas condições estruturais que não atingem suas finalidades. A realidade das prisões brasileiras nos mostra um universo prisional deficitário e carente de políticas que efetivem a garantia dos direitos dos detentos. Na real conjuntura do sistema penitenciário, as atividades religiosas têm assegurado espaço obrigatório nos presídios, que são vistos como um campo fértil de atuação na ressocialização dos apenados. Acredita-se que o discurso religioso seja o discurso que o detento mais tenha contato e que, dentre os tipos de assistência, a religiosa seja a que mais se cumpra na prisão.²²¹

O Brasil é um Estado laico; a Constituição da República de 1988 dispõe, em seu artigo 5, VI, que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, bem como a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Na mesma linha, estão as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas (ONU) para Tratamento de Reclusos, ao dispor sobre a assistência religiosa em estabelecimentos penais, quando existir um número relevante de presos da mesma religião, bem como o acesso dos presos aos representantes religiosos para satisfazer as necessidades de sua vida espiritual, assistindo aos serviços ministrados no estabelecimento ou tendo, em sua posse, livros de rito e prática religiosa da sua crença.

Nesse sentido, as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos é um documento da ONU que, em sua regra 6.2, assegura a liberdade de crença; na de nº 42, salienta que, tanto quanto possível, cada recluso deve ser autorizado a satisfazer as exigências da sua vida religiosa, assistindo aos serviços ministrados no

²²⁰ Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

²²¹ LIVRAMENTO, A. M. **Homens encarcerados: assistência religiosa e estratégias de vida na prisão**. 2012. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2012.

estabelecimento e ao ter, na sua posse, livros de rito e prática de ensino religioso da sua confissão.²²²

A assistência religiosa prestada pelos grupos católicos e espíritas apresenta semelhanças e parece estar mais voltada ao coletivo carcerário, sendo a religiosidade menos enfatizada, embora seja um aspecto presente. Católicos e espíritas entendem que a assistência religiosa tem o objetivo de garantir melhores condições de vida aos detentos, justamente pela busca do respeito aos seus direitos. Já o principal foco da assistência religiosa evangélica é a conversão dos presos, portanto o objetivo dessas atividades está no indivíduo e na sua transformação pessoal. A ressocialização, entre os evangélicos, é vista como uma transformação íntima na vida do detento por meio da assimilação de uma doutrina religiosa.

Da mesma forma como as outras assistências e direitos dos presos, a assistência religiosa vive de improviso dentro das penitenciárias, limitando os cultos e o acesso aos encarcerados à sua religião.

Sobre o tema, o mestre Mirabete afirma: “Não se pode desconhecer, entretanto, a importância da religião como um dos fatores da educação integral das pessoas que se encontram internadas em um estabelecimento penitenciário, razão pela qual a assistência religiosa é prevista nas legislações mais modernas”.²²³

A CPI do Sistema Carcerário constatou a regularidade do trabalho de assistência religiosa nos estabelecimentos. Tal CPI encontrou a presença marcante e ativa da ação das igrejas evangélicas no Espírito Santo, no Rio de Janeiro, em São Paulo, em São Luís, tendo, inclusive, se utilizado dos instrumentos de uma igreja para comunicação com os internos.

Ademais, a CPI constatou a presença da Pastoral Carcerária, com cerca de três mil voluntários em todo o Brasil, vinculados à Igreja Católica, com atuação voltada para denúncias de violação de direitos e em defesa dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana no sistema prisional. Em alguns Estados, foi denunciado o cerceamento das atividades religiosas. Uma situação injustificável diante da importância das atividades religiosas como meio de amenizar o inferno em que vive a população carcerária. Há a necessidade de essas atividades serem contempladas, de forma obrigatória na arquitetura prisional, já que se trata de um espaço para a prática de atividades religiosas. No atual ambiente carcerário, as organizações religiosas

²²² Relatório da CPI do Sistema Carcerário. Câmara dos Deputados. 2009.

²²³ MIRABETE, 1992, p. 80.

correm riscos de vida, tendo suas atividades limitadas. A deficiência na assistência social e a limitação às atividades religiosas deixam espaço para a barbárie e o domínio do crime organizado no sistema carcerário.²²⁴

4.6 DIREITO A IMAGEM DO PRESO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE À INTEGRIDADE MORAL

Sabe-se que, à luz do artigo 5, inciso X, da Carta Cidadã de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, tal medida constitucional também é adequada aos presos, pois o inciso XLIX assegura a eles o respeito à integridade física e moral.

A proteção consagrada em âmbito constitucional e legal tem como fundamento e razão o fato de que a imagem do indivíduo, especialmente aquele que está sujeito à pena como resposta ao delito, é naturalmente atingida pela circunstância da condenação e do seu recolhimento ao cárcere, não havendo, assim, motivos que justifiquem o sensacionalismo e execração da imagem do sujeito perante a comunidade. Caso isso fosse possível, o cumprimento da pena seria muito mais estigmatizante, pois contribuiria, de forma muito maior, à marginalização do preso, situação que, certamente, contrariaria o objetivo de ressocialização.²²⁵

Como a imagem é um direito à personalidade e, por isso, intransmissível e irrenunciável, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, pode o interessado exigir judicialmente que cesse a ameaça ou a lesão ao direito da personalidade e, ainda, reclamar perdas e danos, nos termos do disposto nos artigos 11 e 12 do Código Civil.

O artigo 20 do Código Civil assevera que, salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Vale ressaltar que a vida privada

²²⁴ Relatório da CPI do Sistema Carcerário. Câmara dos Deputados. 2009.

²²⁵ PRADO, 2017, p. 63

da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário, consoante o disposto no artigo 21 do Código Civil. Assim, haverá responsabilidade civil passível de indenização por danos morais (extrapatrimoniais) quando provados que o ato causou uma lesão ao direito à imagem do preso e tal indenização tem arrimo no dever de indenizar previsto nos artigos 186 e 187 do Código Civil.²²⁶

Em relação ao direito da personalidade à imagem do preso, o artigo 41, inciso VIII, da Lei nº 7.210/1984 dispõe, no rol de direitos, a “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”, muito embora não exista presídio adequado ao idealismo programático da legislação em vigor. Ainda, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 198, dispõe sobre o fato de que é defesa ao integrante dos órgãos da execução penal e ao servidor a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso a uma inconveniente notoriedade durante o cumprimento da pena.

Já o Código Penal, em seu artigo 38, postula ser direito do preso, conservando todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impor-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Em muitas situações, veículos de comunicação expõem em rede nacional a situação de pessoas que estão sendo presas, pessoas já encarceradas, tudo sob o argumento da liberdade de imprensa. Mesmo em casos de prisão em flagrante delito, não se pode, à margem da legislação posta, vilipendiar direitos que deveriam ser resguardados pelo próprio Estado, em prol de, inevitavelmente, garantir a divulgação de imagens intramuros de reclusos, em situação de extrema insegurança. Desse modo, a ordem de deveres é invertida ao tempo em que o sensacionalismo e a exploração comercial perseguem apenas a venda de jornais ou pontos no lobo.

Preocupado com o sensacionalismo e a exposição de pessoas presas, o Superior Tribunal de Justiça, atento às violações de uso de imagem, editou a súmula (403) com a seguinte redação: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”, norteando-se em diversos precedentes, dentre eles: Resp. 270.730, 3ª Turma e Resp. 1.200.482, 4ª Turma. Nessa senda, se até mesmo a utilização de fotografia em peça denunciatória é ilegal, muito mais o é o uso da imagem dos

²²⁶ Ibid, p. 70.

custodiados, seguindo o profuso entendimento do Ministro Og Fernandes, nos autos do HC 88.448, quando ressalta: “A meu sentir, a inserção da fotografia do acusado na vestibular viola, de fato, diferentes normas constitucionais, dentre as quais destaco o direito à honra, à imagem e também o princípio matriz de toda a ordem constitucional: o da dignidade da pessoa humana”.²²⁷

Referente ao tema, Marcão dispõe: “o Direito, é certo, que deverá ser interpretado tomando-se por base sua condição de pessoa humana, ainda que seja às restrições permitidas no ordenamento jurídico. É preciso ter lógica e coerência na interpretação das regras proibitivas, seja para impedir ou permitir a prática de determinada conduta”.²²⁸

Assim, parece óbvio que o direito de imagem do preso repousa sob a lógica de que o sistema penitenciário, em detrimento de sua exploração sensacionalista, no ambiente de cárcere, sobretudo, busca preservar um direito individual, manter a ordem jurídica, assegurar limites às ações e legitimidade ao próprio Poder Público sem, portanto, permitir colisões entre direitos fundamentais, resguardando a imagem do seu custodiado como dever inalienável e indelegável.

4.7 PERMISSÃO DE SAÍDA DO PRESO AO FUNERAL DE FAMILIARES

Ao caminhar, ainda, pelos direitos da personalidade da pessoa presa, e fora do rol constante do artigo 41 da Lei de Execução Penal, temos mais um direito fundamental garantido ao apenado nos artigos 120 e 121 da referida lei, em que garante àquele que está no regime fechado ou semiaberto o direito de visitar o familiar em seu funeral.²²⁹

O corpo do condenado não lhe pertence. O poder estatal que se materializa na pena toma o condenado por inteiro. Essa referência na história das penas é objeto de luta permanente em favor da humanização. Foucault constatou que, mesmo com a

²²⁷ STJ - HC 88.448, 6ª T., MINISTRO OG FERNANDES, j. 06.05.2010, p. 02.08.2010.

²²⁸ MARCÃO, 2016, p. 30.

²²⁹ Lei nº 7.210/1984. Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos: I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14). Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso. Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída.

mudança de paradigma – a espetacularização sai de cena e entrega os holofotes ao utilitarismo das prisões –, o suplício não desapareceu no todo.²³⁰

Se o suplício deixa de ser empregado como técnica oficial de sofrimento, ao ceder lugar para a transição das perdas de direitos do condenado, concentra-se em uma retórica e uma prática que ainda guardam morada na expiação. Redução de alimentos, de contatos externos, negativa da sexualidade, afetações morais, emocionais e psíquicas, enfim, um conjunto de artefatos para provocar dor, desmerecimento, vexame, humilhação, incômodo e sofrimento são exemplos comuns.

A permissão de saída do condenado do estabelecimento prisional, prevista no artigo 120, da Lei de Execução Penal, é uma medida que visa exatamente minimizar os efeitos do suplício no cumprimento das penas privativas da liberdade (inerentes à sua própria execução), estabelecidas propositadamente ou de forma involuntária como *plus*. O benefício é direcionado aos presos provisórios ou definitivos que estejam em cumprimento de pena no regime fechado ou semiaberto.

O desrespeito aos direitos do preso é endêmico. Trata-se de um costume judicial brasileiro que promove a ausência total de cidadania dentro de uma instituição pública, obviamente favorecendo o aumento da criminalidade e a violência dentro do sistema prisional. O problema é que, no Brasil, os detentos não são vistos como sujeitos de direito, mas, sim, como objetos. Isso faz com que os direitos deles sejam sistematicamente negados pelo Estado.

²³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

4.7.1 O Caso Lula

Sobre o direito fundamental do preso ir ao funeral de um familiar, um exemplo emblemático e atual é o caso do ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. Após saber da notícia da morte de seu irmão, conhecido como Vavá, Lula, que cumpre pena na Superintendência da Polícia Federal em Curitiba, depois de vários pedidos de sua defesa negados pelas autoridades, teve o seu pedido concedido pelo STF. Entretanto, dias antes do enterro, já não havia mais tempo de Lula ir ao velório do seu irmão.

Inicialmente, a permissão de saída de Lula foi protocolada junto à Unidade Policial Federal onde o preso está. Como exposto, teve o seu pedido negado sob os fundamentos de que é pouco recomendável a medida, tomando-se por base única e principalmente o resguardo da incolumidade física do custodiado e da ordem pública.

Negado o pedido pela Polícia Federal, a defesa se socorreu ao judiciário que, no mesmo sentido, negou o pedido sob os seguintes argumentos: “A ordem jurídica é, por sua natureza, sistêmica. Os direitos, nessa perspectiva, encontram limitações recíprocas. E, por vezes, a mitigação de alguns dos aspectos de determinado interesse legitimamente tutelado é justificada pela necessidade de conferir prevalência a outros que, na situação concreta, revelam-se preponderantes. Este Juízo não é insensível à natureza do pedido formulado pela defesa. Todavia, ponderando-se os interesses envolvidos no quadro apresentado, a par da concreta impossibilidade logística de proceder-se ao deslocamento, impõe-se a preservação da segurança pública e da integridade física do próprio preso. Diante do exposto, indefiro o requerimento”.²³¹

Ainda tentando a defesa do ex-presidente garantir-lhe o direito de ir ao velório do irmão, protocolou o Habeas Corpus nº 5002315-97.2019.4.04.0000 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual também negou tal direito.²³²

²³¹ JF PR. Nº do Processo: 5014411-33.2018.4.04.7000. Órgão Julgador: Juízo Substituto da 12ª VF de Curitiba. Juiz(a): CAROLINA MOURA LEBBOS. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&num_processo=50144113320184047000&hash=04f4d9b6cabb8638b0c93f7f5ba4768. Acesso em: 07 jun. 2019.

²³² TRF 4ª. Nº do Processo: 5002315-97.2019.4.04.0000. Órgão Julgador: Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO. Colegiado: 8ª Turma. Relator (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO. Da análise dos autos, verifica-se que o Superintendente da Polícia Federal se empenhou em verificar a possibilidade de acolhimento da pretensão de saída temporária. Mas encontrou inúmeros óbices: (a) inexistência de helicópteros da Polícia Federal disponíveis para o transporte em virtude

Por fim, não restou outra alternativa à defesa do ex-presidente a não ser se socorrer à Suprema Corte, em que, sob os fundamentos da dignidade humana, garantiu ao apenado Lula ir ao velório de seu irmão, porém já não havia mais tempo.²³³

Sobre a restrição ao direito fundamental e da personalidade da pessoa presa negado, como foi o caso do ex-presidente Lula, Salo de Carvalho expõe que a negativa não surpreende, uma vez que esse tipo de decisão é “espantosamente frequente”. Assim como é frequente a violação da legalidade no sistema penitenciário, geralmente decorrente da omissão do Executivo e com a conivência do Judiciário,

da completa utilização da frota nas buscas decorrentes do desastre ocorrido na cidade de Brumadinho/MG; (b) inviabilidade de que o avião da Polícia Federal se desloque da cidade de Brasília em tempo hábil para conduzir o paciente até o cerimonial fúnebre; (c) manifestação do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo no sentido de inexistir contingente policial suficiente para assegurar a ordem durante o traslado; e (d) elevada possibilidade de manifestações de apoiadores e detratores do paciente colocando um número indefinido de pessoas em risco de confrontos violentos (inclusive o próprio paciente e policiais envolvidos na operação). Tal circunstância é reforçada pelo vídeo mencionado pela autoridade em que o Senador da República insta correligionários partidários a comparecerem ao cerimonial, transformando-o em ato político. O indeferimento, portanto, não foi arbitrário ou infundado. Pelo contrário, está adequado à situação concreta. Aliás, conforme já destacou a digna magistrada, inclusive com amparo no parecer do Ministério Público, “o indeferimento da autoridade administrativa se encontra suficiente e adequadamente fundamentado na impossibilidade logística de se efetivar o deslocamento pretendido em curto espaço de tempo, bem como no risco de sérios prejuízos à segurança pública e do próprio apenado”. Foi frisado, e com razão, que “a alteração da destinação dos veículos necessários ao transporte do apenado poderia prejudicar os trabalhos humanitários realizados na região de Brumadinho. O deslocamento da aeronave de asa fixa não poderia ser realizado tempestivamente. Ademais, mesmo que fosse possível ultrapassar essa questão logística, outros fatores colocam em risco a segurança do apenado e a ordem pública”. (...) E mais um elemento deve ser considerado. Em um momento de enorme crise financeira, em que diversos Estados da Federação se declararam em situação de calamidade, em que a própria União tem enfrentado déficits orçamentários, não é aceitável que, para assegurar a um preso o direito a participar do velório de um parente, proceda-se a enormes gastos, mobilizando recursos materiais e humanos em profusão, da noite para o dia. Note-se que o custo não diz respeito apenas ao transporte de um Estado para outro da Federação, mas, principalmente, para a montagem de uma enorme operação de segurança para o seu o cumprimento. A medida não passa, minimamente, por qualquer análise de economicidade. Ante o exposto, em regime de plantão, indefiro o pleito liminar e mantenho incólume a decisão do Juízo *a quo*.

²³³ (...). Todavia, as eventuais intercorrências apontadas no relatório policial, a meu ver, não devem obstar o cumprimento de um direito assegurado àqueles que estão submetidos a regime de cumprimento de pena, ainda que, de forma parcial, vale dizer, o direito de o requerente se encontrar com familiares em local reservado e preestabelecido para prestar a devida solidariedade aos seus, mesmo após o sepultamento, já que não há objeção da lei. Até porque, prestar assistência ao preso é um dever indeclinável do Estado (art. 10, da Lei nº 7.210/1984), sendo certo, ademais, que a República Brasileira tem como um de seus pilares fundamentais a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1, inciso III), como já anunciado por esta Suprema Corte. Por essas razões, concedo ordem de habeas corpus de ofício para, na forma da lei, assegurar, ao requerente Luiz Inácio Lula da Silva, o direito de se encontrar exclusivamente com os seus familiares na data de hoje, em Unidade Militar na Região, inclusive com a possibilidade do corpo do de cujus ser levado à referida unidade militar a critério da família. Petição avulsa na reclamação 31.965. Paraná. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=701548849663781950060294348702&evento=701548849663781950060295334056&key=81db973c0640ed73fabbbbf23fcb60d22294af936582713eb5c1e143ae1b7f54&hash=0d6d50ba55618492cdcea75fb9d6dcf6. Acesso em: 07 jun. 2019.

conforme destaca. Ademais, ressalta: “Nosso sistema penitenciário agoniza há décadas. E é a análise do sistema, como um todo, e da situação de todos os presos, que deve ser confrontada para compreender o que revela do nosso Estado Democrático de Direito. Decisões isoladas, como esta em questão, são representativas, logicamente, e dizem muito do nosso sistema punitivo. Mas invariavelmente servem apenas para reforçar um debate pontual. E a grande massa carcerária, que cumpre sua pena em condições miseráveis, segue esquecida”.²³⁴

As Regras Mínimas da ONU para Tratamento dos Reclusos também garantem ao apenado o direito de visitar o ente querido falecido. Especificamente no item 44.2, há a descrição de que a obrigação do Estado é a de assegurar ao preso o direito de ser notificado quanto à morte de parente próximo e, em caso de doença grave, se as circunstâncias permitirem, sair do estabelecimento prisional para visita com ou sem escolta.

As ligações de origem familiar são balizas que orientam a preservação da humanização da pena e servem como meios próprios para uma racionalidade da execução penal, em que o Estado ativa sua ética pelo direito para com o cidadão preso e contribui para a construção do reconhecimento.²³⁵

Após mais esse episódio de restrição aos direitos da personalidade dos presos, em 02 de março de 2019, o neto do ex-presidente Lula veio também a falecer, só que, dessa vez, inicialmente o próprio juízo de Curitiba garantiu, de maneira ágil, o direito do apenado ir ao velório do neto onde ficou por duas horas.

Essas e tantas outras mazelas do Sistema Penitenciário brasileiro vêm somando para a falência do sistema que vimos atualmente e que abordaremos adiante.

5 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Ao repisar novamente sobre o início das prisões no Brasil, vê-se que é um assunto interessante, pois faz parte do contexto da realidade atual de nossas prisões.

²³⁴ RODAS, Sérgio. Justiça não poderia proibir Lula de ir a enterro de irmão, comentam especialistas. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-30/justica-nao-proibir-lula-ir-enterro-irmao>. Acesso em: 07 jun. 2019.

²³⁵ SALVADORI, Mateus. **HONNETH, Axel**: luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. *Conjectura*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011

Em 1769, a Carta Régia do Brasil determinou, no Rio de Janeiro, a construção da Casa de Detenção, a primeira prisão brasileira.

Naquela prisão, à época, não havia separação de presos por tipo de crime. Ficavam juntos primários e reincidentes, os que praticaram crimes leves e os criminosos mais perigosos. Foi somente em 1824 que a Constituição determinou que as cadeias tivessem os apenados separados por tipo de crime ou pena e que fossem adaptadas para que os detentos pudessem trabalhar. A determinação foi cumprida, mas por pouco tempo: no início do século 19, surgiu um dos mais graves problemas do sistema carcerário atual: a superlotação, quando as cadeias do Rio de Janeiro já tinham presos acima do número de vagas.

Assim, nota-se que a superlotação dos presídios brasileiros se arrasta há anos por responsabilidade pura e nua da federação brasileira por intermédio da ação e omissão dos seus mais diversos agentes.

Ao caminhar pelos direitos da personalidade da pessoa presa, observamos, nas seções anteriores, que o Sistema Penitenciário brasileiro chegou ao caos, com presídios e cadeias superlotadas e com a ausência do Estado para garantir os direitos dos presos. O maior de todos os problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro se refere à questão da superlotação; ao que se observa, é um problema que não apresenta uma solução em curto prazo, pois o que existe são várias discussões com vistas a tentar elucidar o problema.

O Brasil, como a maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nessa última década, os indicadores disponíveis, a respeito da vida nas prisões brasileiras, demonstram, de maneira incontestável, um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos, como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados, o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos.²³⁶

Um dos fatores que se apresenta como causador da superlotação é o descumprimento dos direitos do preso que são disciplinados pela Lei nº 7.210, de 1984, a Lei de Execuções Penais. Nesse sentido, destacamos uma anotação apresentada por Sandra Carvalho (Relatório anual do centro de justiça global de

²³⁶ ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil.** Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, n. 12, 2003. p. 121.

Direitos Humanos no Brasil, 2003, p. 26) que assevera: “A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira é elogiada em todo o mundo e representa um dos maiores avanços jurídicos de nossa história. O grande desafio das entidades da sociedade civil que atuam nesta área sempre foi o de reduzir a distância entre o arcabouço legal e o panorama real do sistema penitenciário”.²³⁷

5.1 O ENCARCERAMENTO EM MASSA COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS PRESOS

O déficit de vagas nas penitenciárias brasileiras tem aumentado cada vez mais. Em 2005, de acordo com os dados apresentados pelo departamento penitenciário nacional, existia a falta de 135 mil vagas. Recentemente, o relatório da CPI do sistema carcerário, o qual foi apresentado em junho de 2008, mostra um aumento superior a 30%. O relator dessa Comissão Parlamentar de Inquérito, o deputado Domingos Dutra, postula: “Estima que seriam necessárias, hoje, 180 mil vagas para que não houvesse a superlotação nos presídios brasileiros. O sistema que tem capacidade para 260 mil detentos abriga mais de 440 mil.”²³⁸

Hodiernamente, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen –, a população carcerária, em 2016, era de 726 mil pessoas presas (40% delas sem condenação), compondo um déficit de 359.058 vagas, chegando o Brasil ao terceiro lugar mundial de pessoas presas, ao ficar somente atrás dos Estados Unidos e da China.²³⁹

Outro ponto que contribui significativamente para a superlotação se refere à questão dos presos que já cumpriram sua pena e não são postos em liberdade, bem como o grande número de presos provisórios que estão nos presídios juntamente com os sentenciados.

A reincidência é outro fator de grande proporção no aumento da superlotação. Vê-se que a reincidência tem sido provocada principalmente pela falta de ocupação dos presos. Em boa parte dos presídios brasileiros, mais de 88% dos encarcerados

²³⁷ Relatório Anual do Centro de Justiça Global. Direitos humanos no Brasil. São Paulo, Maio de 2004.

²³⁸ ALVES, Breno Castro. **Faltam 180 mil vagas em presídios brasileiros diz relator de CPI.** Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano>. Acesso em: 02 de jun. 2019.

²³⁹ O cálculo da população prisional inclui as pessoas privadas de liberdade em carceragens de delegacias e no Sistema Penitenciário Federal. O cálculo do número de vagas inclui as vagas do Sistema Penitenciário Federal.

não estudam e 85% não trabalham.²⁴⁰ Assim, ao cumprir sua pena e ser colocado em liberdade, o cidadão está sem nenhuma qualificação profissional, sem estudos e ainda com um atestado de ex-presidiário. Conseqüentemente, acabará voltando ao mundo do crime, pois, no tempo em que passou encarcerado, não recebeu a prestação obrigacional do Estado de lhe proporcionar estudo e trabalho.

Destarte, nota-se a falta de interesse de nossos governantes para que se realizem ações a fim de amenizar as condições degradantes em que estão os encarcerados. É importante salientar que o preso apenas tem cerceado o seu direito de ir e vir. Assim, devem-se ter os direitos que são inerentes à condição de pessoa humana resguardados. Afinal, os presos não são culpados da superlotação que o sistema penitenciário brasileiro vem enfrentando.

A morosidade da justiça colabora, muitas vezes, para a manutenção do alto número de presos, haja vista que, com a demora de julgamento, muitos presos provisórios acabam por ficar encarcerados mais tempo do que ficaram se fossem condenados com a pena máxima do delito praticado.

Diante dessa situação caótica de retirada dos direitos da personalidade da pessoa presa, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 56 com os seguintes dizeres: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.²⁴¹

No mesmo sentido foi o pedido do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Na ADPF 347, pede-se que haja o reconhecimento da violação de direitos fundamentais

²⁴⁰ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho/2016.

²⁴¹ STF. RE 641.320/RS. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, dar parcial provimento ao extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto; vencido Marco Aurélio, que o desprovia. Em seguida, apreciando o Tema 423 da repercussão geral, fixar tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto; art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado.

da população carcerária e seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

O Relator dessa ADPF foi o Ministro Marco Aurélio, que assim resumidamente votou: “O relator votou no sentido de determinar aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade; que passem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão”. À União, o relator determina que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.²⁴²

Ao final, a ADPF 347 foi acolhida pela maioria de votos, nos termos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio.²⁴³

Mesmo com essa e demais decisões do judiciário, o sistema carcerário não tem melhorado. Vidas estão sendo ceifadas a cada dia e não podemos fechar os olhos à mortandade ocorrida dentro dos presídios, em que, no início de 2017, foi marcado por cenas trágicas de mais uma rebelião no sistema penitenciário brasileiro. Apenas nas duas primeiras semanas do ano, ao menos 126 presos foram mortos em conflitos entre facções criminosas ou perseguições policiais no Amazonas, na Paraíba, em Roraima, no Rio Grande do Norte e no Paraná.

Desde 1992, com o massacre na Casa de Detenção do Carandiru em São Paulo, não se via uma matança nessas proporções dentro de uma prisão no país. O episódio também colocou em evidência que a gestão penitenciária terceirizada, por

²⁴² A situação “vexaminosa” do sistema penitenciário brasileiro, ao ocasionar “a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, configuraria tratamento “degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”. A falência de políticas públicas voltadas ao tema e a falta de coordenação institucional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, somadas a essa violação massiva e persistente de direitos fundamentais, ensejariam o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário e a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

²⁴³ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 374. Origem: DF – Distrito Federal. Relator Atual: Min. Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 02 jun. 2019.

meio de parceria público privada (PPP), não é a “solução mágica” para o “problema” do sistema prisional, como alguns chegaram a propagar. Pelo contrário, ela cobra mais caro pela mesma ineficiência e abre uma brecha para que gestores públicos (de má-fé) se eximam da responsabilidade que têm sobre a gestão da população encarcerada.

Novamente em Manaus, exatamente em 27 de maio de 2019, 55 presos foram assassinados dentro do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, que também é administrado por uma empresa privada.

Os abusos contra os direitos da personalidade dos presos e com a dignidade humana não param por aí, uma vez que novos estudos, a cada dia, são apresentados às autoridades retratando as condições desumanas do sistema carcerário. Nada, todavia, tem sido feito.

Vejamos o estudo apresentado pelo Mecanismo para Prevenção e Combate à Tortura, órgão vinculado à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj). Divulgado pela revista Carta Capital, o estudo revela que as mortes nas unidades prisionais fluminenses aumentaram 114% em sete anos, subindo de 125 em 2010 para 268 em 2017.²⁴⁴

Há de se observar que o problema da superlotação é o maior mal que afeta o sistema carcerário brasileiro e nossas autoridades tanto governamentais ou judiciárias não têm procurado uma forma de tentar reverter esse quadro. Pensamos que, na tentativa de acabar com a superlotação, devem ser realizadas ações em harmonia com as políticas criminal e penitenciária. A política criminal deverá se pautar em evitar o aumento da criminalidade realizando ações junto à sociedade ao buscar coibir o interesse pelo mundo do crime. Em contrapartida, a política penitenciária traçará métodos junto aos órgãos, como defensoria pública, ordem dos advogados, ministério público e pastoral carcerária, com o objetivo de reduzir a população carcerária existente.

Ademais, há de se destacar que, no atual governo do Presidente da República, Jair Bolsonaro, as propostas para o endurecimento de leis penais e o atraso na progressão de regime dos presos acarretarão ainda mais na superlotação dos

²⁴⁴ Carta Capital. Morte de presos por doenças cresce 114% em presídios do RJ em 7 anos. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/morte-de-presos-por-doencas-cresce-114-em-residuos-do-rj-em-7-anos/?fbclid=IwAR1bqbYaWQ6JQVKUesfV6GBf5DPV6bOcykrxC-GyV31dwOO1hCFRIxTtoAPQ>. Acesso em: 07 jun. 2019.

presídios. Se tomarmos como exemplo o projeto anticrime do Ministro Sérgio Moro, vemos que, nesse projeto, há vários mecanismos para punir mais severamente aquele que cometeu delito, mas não existe, especificamente no projeto, a construção de novas unidades prisionais.

Assim, o presente estudo deixa claro que o Estado, quando não está cumprindo a sua função de garantidor dos direitos dos presos, de modo a permitir que o sistema carcerário chegue ao caos que está, automaticamente retira os direitos da personalidade daquele que se encontra encarcerado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, o presente trabalho buscou demonstrar que, apesar de o sistema carcerário e as penas brasileiras hodiernamente estarem caóticos e atrasados, houve uma grande evolução se comparados à antiguidade. Os presídios se tornaram modernos e espaçosos no início da década, mas, com o passar dos anos, considerando o sistema de encarceramento em massa adotado pelo Brasil e o abandono pelo Estado, esses presídios passaram a ficar superlotados e o Estado restringiu os direitos da personalidade dos presos.

Infelizmente, em 2016, o Brasil passou a ocupar o terceiro lugar mundial no ranking de países com mais detentos, atingindo 726 mil presos em todo país, conforme dados provenientes do Infopen. Em 2018, o Atlas da violência divulgou o grande aumento no número de crimes, chegando a mais de 60 mil homicídios no ano de 2016. Com base na exposição dessas informações, resume-se que, inicialmente, quanto mais o país encarcera, mais aumenta a criminalidade e mais direitos da personalidade são retirados dos detentos, tornando essa categoria cada vez mais vulnerável.

Diante desse cenário, o presente trabalho procurou demonstrar que a população careceria só tem se distanciado cada vez mais de seus direitos enquanto humanos, pois o Estado não cumpre com seus deveres de cuidar de seus cidadãos. A forma de contenção dessas pessoas é desumana. As condições do sistema prisional atentam contra a mínima dignidade da pessoa humana, pois a realidade que encontramos são pessoas amontoadas em pequenos espaços de confinamento, sem qualquer condição de higiene, alimentação, educação e trabalho adequados.

Apesar de ser amplamente sabido que o Sistema Penitenciário Brasileiro está

falido – não cumpre seu papel ressocializador, não há individualização do cumprimento da pena e não comporta todos os que para lá são enviados – a sociedade se cala diante dessa realidade, por acreditar que os que lá estão merecem tal sofrimento. Há uma concordância quase geral de que os delinquentes necessitam padecer dos males do Sistema, pois ‘pensarão duas vezes’ antes de cometerem novos delitos.

A ofensa à dignidade dos invisíveis é igualmente invisível, porque não gera reação política ou social. Muitos ainda acabam sendo vistos como perigosos quando tentam superar a sua condição de invisíveis, excluindo-se, assim, a sua condição de cidadãos protegidos pela lei.

Além disso, a concepção de dignidade da pessoa humana parecer ser afastada dos rotulados como criminosos e bandidos. Nesse contexto, a hipótese é a de que a própria concepção de dignidade está vinculada às práticas do indivíduo e não à sua condição inerente de ser humano.

As violações aos direitos humanos dos presos têm sido consequência do descaso dos governantes, legitimado pela sociedade, que vê no sofrimento do preso uma espécie de pena paralela. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda do Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado, não atingidos pela sentença. Lamentavelmente, não é essa a realidade.

A Constituição Federal em seu artigo 5, inciso XLIX, assegura ao preso o respeito à integridade física e moral. A Carta consigna, ainda, que ‘ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante’ (art. 5, III). A Lei de Execuções Penais, em seu capítulo II, elenca o rol de assistências assegurado aos presos. A seguir, traçar-se-á um paralelo entre a Lei de Execuções Penais e os direitos humanos reconhecidos em documentos internacionais com a realidade carcerária brasileira.

A Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – assegura, em seu capítulo II, assistência ao preso, determinando que o recluso tenha direito à alimentação, vestuário, instalações higiênicas, além de atendimentos de saúde – médico, odontológico e farmacêutico, assistência jurídica, educacional, social e religiosa, além de acompanhamento ao egresso e assistência à família. No entanto, o que se tem visto são constantes ofensas a tais preceitos, sendo tais agravos a principal causa das rebeliões nos estabelecimentos prisionais.

Lamentavelmente, o Brasil, não obstante demonstrar internacionalmente seu

interesse em preservar e legitimar os direitos humanos, tem agido de forma imprudente quanto à questão da violência aos direitos fundamentais dos presidiários.

Sabemos que as alterações legislativas não são suficientes para a transformação do estado inconstitucional de coisas em que vivemos. Diversas mudanças ao longo dos anos não foram capazes de inverter a cultura encarceradora do sistema de justiça, que tão somente replica a ansiedade punitiva da sociedade. Mas a mudança de verdade, que é sobretudo cultural, depende de um impulso político que poderá vir da união de forças em torno desse conjunto de medidas e de esforços. É preciso reconhecer que um dos principais problemas brasileiros apenas será resolvido com o desencarceramento em massa.

Por fim, concluímos que, enquanto o Estado brasileiro não cumprir com sua Carta Constitucional, com suas leis ordinárias e com os Tratados que assina no tocante à tutela dos direitos da personalidade da pessoa presa, estará simplesmente fabricando todos os dias criminosos dentro de seus presídios e, conseqüentemente, entregando seres humanos nas mãos das facções criminosas que dominam os presídios Brasil afora para servirem de soldados do crime internamente e externamente das Unidades Penais.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. São Paulo: Paz e terra, 1998.

ALVES, Breno Castro. **Faltam 180 mil vagas em presídios brasileiros, diz relator de CPI**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano>. Acesso em: 02 jun. 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AQUINO, São Tomás de. **Suma de teologia**. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo

Horizonte: Del Rey, 1996.

ARISTÓTELES. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ARÚS, Francisco Bueno. Panorama comparativo dos modernos sistemas penitenciários. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**. v. 22, Mês 2, 1969.

ARZABE, Patrícia Helena; GRACIANO, Potyguara Gildoassu. **Declaração Universal dos Direitos Humanos 50 anos**: Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. Grupo de trabalho de direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira (org.). **Estudos de direito da bioética**. Coimbra: Almedina, 2005.

ASSIS, Rafael Damaceno. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. **DireitoNet**, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoos-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>. Acesso em: 12 out. 2018.

BARATTA, Alessandro. Marginalidade social e justiça. **Revista de Direito Penal**, n. 21-22, jan./junho, 1976.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. 20 anos de Constituição brasileira: o estado a que chegamos. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJN, Gustavo (coord). **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARTON, Ben F.; BARTON, Marthalee S. Modes of Power in Technical and Professional Visuals, **Journal of Business and Technical Communication**. Thousand Oaks: SAGE Publications, v. 7, n. 1, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECHARA, Márcia. **População carcerária diminui na Europa**. Disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20170314-populacao-carceraria-diminui-na-europa-diz-relatorio-do-conselho-europeu>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTHAM, Jeremy. **The constitutional code**. London, 1830, v1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O que a história tem a dizer sobre educação em direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRAGA, S. S. A Constituinte de 1946 e a nova ordem econômica e social do pós-Segunda Guerra Mundial. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 6 e 7, 1996.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 374**. Origem: DF – Distrito Federal. Relator Atual: Min. Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Recte. (S): Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Proc.(A/S) (Es): Procurador-Geral De Justiça Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Recdo. (A/S): Luciano Da Silva Moraes. Proc.(A/S) (Es): Defensor Público-Geral Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Am. Curiae. : Instituto De Defesa Do Direito De Defesa. Adv.(A/S): Arnaldo Malheiros Filho. Am. Curiae. : Defensoria Pública Da União. Proc.(A/S) (Es): Defensor Público-Geral Federal. 11/05/2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=018.3.53.O&nuQuarto=63&nuOrador=5&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=17:06&sgFaseSessao=CP&Data=19/02/2009>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**. Atualização - Junho de 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. JF PR. **Nº do Processo**: 5014411-33.2018.4.04.7000. Órgão Julgador: Juízo Substituto da 12ª VF de Curitiba. Juiz(a): CAROLINA MOURA LEBBOS. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&num_processo=50144113320184047000&hash=04f4d9b6cabbc8638b0c93f7f5ba4768. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL. TRF 4ª. **Nº do Processo**: 5002315-97.2019.4.04.0000. Órgão Julgador: Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO. Colegiado: 8ª Turma. Relator (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição avulsa na reclamação 31.965**. Paraná. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=aceessar_documento&doc=701548849663781950060294348702&evento=701548849663781950060295334056&key=81db973c0640ed73fabbbbf23fcb60d22294af936582713eb5c1e143ae1b7f54&hash=0d6d50ba55618492cdcea75fb9d6dcf6. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - HC 88.448**, 6ª T., MINISTRO OG FERNANDES, j. 06.05.2010, p. 02.08.2010.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BUDEL, Diego G. O. Direitos fundamentais: dimensões e redimensionamentos perante o protagonismo da solidariedade. **Direitos Fundamentais**: debate virtual, n. 209, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5201>. Acesso em: 25 out. 2018.

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

CAMARGO, Natália Alves. **Saúde mental e sistema prisional carioca**: análise dos impactos do plano nacional de saúde no sistema penitenciário. Universidade Cândido Mendes. Pós-graduação Latu sensu. AVM Faculdade integrada. Rio de Janeiro, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J. J. et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Buenos Aires: Europa-América, 1947.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTANHATO, Camila. **O processo histórico do controle de constitucionalidade e as constituições do Brasil**. (Dissertação) Mestrado em direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

CIPRIANI, M. L. L. **Das penas**: suas teorias e funções no moderno direito penal. Porto Alegre: Ulbra, 2005.

COELHO, Sérgio Neves. **Do objeto e da aplicação da Lei de execução penal**: curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

COMO funciona a alimentação em prisões. **Food Service News**, 6 fev. 2017. Disponível em: <http://www.foodservicenews.com.br/como-funciona-a-alimentacao-em-prisoos/>. Acesso em: 16 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTANTINO, Patrícia; ASSIS, Simone Gonçalves; PINTO, Liana Wernersbach. O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, n. 21, v. 7, 2016.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1.

COYLE, Andrew. **Administração Penitenciária**: uma abordagem de direitos humanos: manual para servidores penitenciários. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.

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

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à Educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, julho/2002, p. 245-262. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s010015742002000200010&script=sciabstract&tlng=pt>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DEMOCRACIA em ruínas. Justiça não poderia proibir Lula de ir a enterro de irmão, comentam especialistas. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-30/justica-nao-proibir-lula-ir-enterro-irmao>. Acesso em: 07 jun. 2019.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. Madrid: Tecnos, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Wener. A origem do sistema penitenciário. **Revista Pré – Univesp**. 2012. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.V4lbs9lrLIU>. Acesso em: 15 jul. 2018.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 6, n. 6, p. 71-99, 2005.

ESCOBAR, Guillermo (dir.). Protección de la salud. **IV Informe sobre Derechos Humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsman**. Madrid: Trama, 2006.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Mivhel. **A ordem do discurso**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRANCZAK, Ângela Mara; CASARA, Clodoaldo José. Direitos da personalidade - direito à imagem. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, Ano XII, n. 71, dez. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7024&revista_caderno=7. Acesso em: 15 nov. 2018.

FRANÇA, R. Limongi. **Manual de direito civil**: volume 1. São Paulo: RT, 1980

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FREITAS, Angélica. G. M. **A influência da religião na ressocialização do apenado**. 2015. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/angelica_freitas.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA FILHO, Theodoro Domingos Martins. **História das prisões**. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUC-RS, 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

GONÇALVES, Pedro Correia. A era do humanitarismo penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. **R. Fac. Dir. UFG**, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan. / jun. 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, v. 1.

GUZMAN, Luis Garrido. **Manual de ciência penitenciária**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), 1983.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica à razão prática**. Digitalização da edição em papel da Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959.

KELCH, Rita. **Direitos da personalidade e clonagem humana**. Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : Método, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Schawarez, 1991.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LIVRAMENTO, André Mota do. **Homens encarcerados**: assistência religiosa e estratégias de vida na prisão. (Dissertação). Universidade Federal do Espírito Santo Mestrado em Psicologia, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, v. 49, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

LUNO, Antônio Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACHADO, Cristiano. Violação do direito à saúde do preso: a prevalência da tuberculose no sistema prisional. **Jus**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53888/violacao-do-direito-a-saude-do-preso-a-prevalencia-da-tuberculose-no-sistema-prisional>. Acesso em: 29 out. 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Bruno Seligman de; MENEZES, Cristiane Penning Pauli de. O acesso à saúde no sistema penitenciário: a (in)observância da lei de execuções penais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14554&revista_caderno=29. Acesso em: 16 nov. 2018.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de direito penitenciário**. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1 e 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Execução Penal**: comentários à Lei 7.210, de 11-07-84. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

MISCIASCI, Elizabeth. **A primeira prisão e como surgiram os presídios.** Disponível em: http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

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

MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORTE de presos por doenças cresce 114% em presídios do RJ em 7 anos. **Revista Carta Capital.** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/morte-de-presos-por-doencas-cresce-114-em-presidios-do-rj-em-7-anos/?fbclid=IwAR1bqbYaWQ6JQVKUesfV6GBf5DPV6bOc ykrxC-GyV31dwOO1hCFRlxToAPQ>. Acesso em: 07 jun. 2019.

MUNIZ, Mariana. **Casa de correção: o que mudou de 1850 pra cá? História da primeira penitenciária do Brasil ajuda a compreender o descaso com os presídios.** 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/casa-de-correcao-o-que-mudou-de-1850-pra-ca-20012017>. Acesso em: 23 ago. 2018.

NAÇÕES Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.

NEVES, Edmar Souza. **A prática da atividade física no sistema penitenciário brasileiro: algumas iniciativas da educação penitenciária no início do século XX.** São Paulo, 2011.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Claudia Rafaela. Execução Penal. **Jus**, jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63684/execucao-penal>. Acesso em: 27 out. 2018.

OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e direitos humanos.** Curitiba: Editora UFPR, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião; MENOIA, Regina Cristina da Silva. Aspectos dos direitos da personalidade como direito constitucional e civil. **Revista Jurídica Unicesumar – Mestrado**, Maringá, n. 2, v. 9, jul./dez. 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A pessoa natural no contexto da família e a proteção dos seus direitos de personalidade no direito romano: aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica Unicesumar – Mestrado**, v.11, n. 2, 2011.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** método APAC. São Paulo: Paulinas, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico.** Camerino: Jovene, 1972.

_____. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINSKY, Jaime. Introdução. *In:* PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). **História da cidadania.** São Paulo: Contexto, 2014.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). **Direito humano à alimentação adequada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PORTUGUÊS, Manoel Rodrigues. **Educação de adultos presos:** possibilidade e contradições da inserção da educação escolar nos programas de reabilitação do sistema penal do estado de São Paulo. 2001. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo, Faculdade de Educação. São Paulo: USP, 2001.

PRACIANO, Elizabeba, R. T. **O direito de punir na constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade.** 2007. (Dissertação) Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2007.

PRADO, Rodrigo. O objeto e a aplicação da lei de execução penal. **Jusbrasil.** 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/446236182/o-objeto-e-a-aplicacao-da-lei-de-execucao-penal>. Acesso em: 20 set. 2018.

RELATÓRIO Anual do Centro de Justiça Global. **Direitos Humanos no Brasil.** São Paulo, maio de 2004. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2015/09/2003-DH-no-BR.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito da saúde:** direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

RODAS, Sérgio. Justiça não poderia proibir Lula de ir a enterro de irmão, comentam especialistas. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-30/justica-nao-proibir-lula-ir-enterro-irmao>. Acesso em: 07 jun. 2019.

RODRIGUES, Silvio. Direitos da Personalidade. **Revista do advogado**, n. 19, p. 55-56, out. 1985.

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, n. 12, 2003. p. 121.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e o direito ao próprio corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALVADORI, Mateus. **HONNETH, Axel**: luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. *Conjectura*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. Execução Penal: controle da legalidade. *In*: CARVALHO, Salo. **Crítica a execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHROEDER, Simone. Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica. *In*: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal: doutrina jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SERRA, José; AFONSO, José Roberto R. Tributação, seguridade e coesão social no Brasil. *In*: CEPAL, **Série Políticas Sociais** n. 133, Santiago: Nações Unidas, 2007.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SILVA, Alexandre Calixto da. **Sistemas e regimes penitenciários no direito penal brasileiro**: uma síntese histórico/jurídica. Maringá: UEM, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVESTRE, G.; MELO, F. A. L. **Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira**. Abril/2017. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira. Acesso em: 06 jun. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Democracia, liberdade e justiça social: fundamentos para uma teoria jurídica do reconhecimento**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry. **Ensaio sobre direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TANGERINO, Dayane Fanti. **A crise do sistema prisional brasileiro: e eu com isso?** 13 de abril de 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/crise-sistema-com-isso/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TAVARES, André Ramos. A constituição-cidadã de 1988: estrutura, evolução e eficácia. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**. Londrina: IDCC, v. 1, p. 5-14, abr. 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

THORSTEN, Sellin. **Pioneirismo em penologia**. Pensilvânia: Imprensa da Universidade da Pensilvânia, Oxford Press. 1944.

TOBENAS, José Castan. **Los Derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

TORRES, Andrea Almeida. Direitos humanos e o sistema penitenciário brasileiro: desafios éticos e político do serviço social. **Revista Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: Cortez, n. 67, Set., 2001.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das Constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 16 – jul./dez. 2010. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_de_Constitucionalidade_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acesso em: 20 set. 2018.

VALDEZ, Carlos Garcia. **Comentarios a la legislación penitenciaria**. 2. ed. Madri: Civitas, 1982.

VENOSA, Silvio Saulo. **Direito Civil-Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, Johnnatan Reges. A crise do sistema carcerário brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12228. Acesso em: jun. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de Uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. **Revista Jurídica (FIC)**. v. 2, n. 31. Curitiba, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: primeiro volume**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

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

ZENNI, Alessandro Severino Valler; FÉLIX, Diogo Valério. Educação para construção de dignidade: tarefa eminente do direito. **Revista Jurídica Unicesumar – Mestrado**, Maringá, v. 11, n. 1, p. 169-192, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1736>. Acesso em: 05 nov. 2018.