



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE LAVRAS – UFLA**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO  
BRASILEIRO E A SISTÊMICA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**GIOVANA STEFANI PEREIRA PONTES**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE LAVRAS – UFLA**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à  
Universidade Federal de Lavras – UFLA, como  
requisito parcial à obtenção do grau de bacharel  
em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Juraciara Vieira Cardoso.

Lavras  
2017

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO  
BRASILEIRO E A SISTÊMICA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal de Lavras - UFLA, a Coordenação do Curso, a Banca Examinadora e os Orientadores de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lavras – MG, dezembro de 2017

Tem fé no direito como melhor instrumento para convivência humana; na justiça, como destino normal do direito; na paz como instrumento benevolente da justiça e, sobretudo tem fé na liberdade, sem a qual não há direito, nem justiça, nem paz.

EDUARDO COUTURE

## AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Lavras e a todos os mestres que efetivamente contribuíram com os aprendizados diários e crescimento pessoal. Especialmente, à Dra. Juraciara Vieira Cardoso, pela orientação humanística que superou os limites acadêmicos.

Aos meus pais, para os quais as palavras serão sempre insuficientes para expressar tamanha gratidão.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>2</b>
<b>2.</b>	<b>HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES.....</b>	<b>3</b>
<b>2.1</b>	A Magna Charta Libertatum.....	<b>3</b>
<b>2.2</b>	The Bill of Rights .....	<b>5</b>
<b>2.3</b>	Constituição Federal dos Estados Unidos da América .....	<b>6</b>
<b>2.4</b>	Constitucionalização Brasileira .....	<b>7</b>
<b>2.5</b>	Mudanças no processo de colonização .....	<b>8</b>
<b>2.6</b>	A primeira constituição.....	<b>9</b>
<b>3.</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>11</b>
<b>3.1</b>	Fundamentação dos Direitos Humanos e Fundamentais .....	<b>12</b>
<b>3.2</b>	Classificação dos Direitos Fundamentais.....	<b>14</b>
<b>3.3</b>	Direitos fundamentais e a constituição .....	<b>15</b>
<b>3.4</b>	Direitos fundamentais e o Estado Constitucional De Direito .....	<b>16</b>
<b>4.</b>	<b>A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....</b>	<b>18</b>
<b>4.1</b>	Teoria da Constitucionalização Simbólica .....	<b>18</b>
<b>4.2</b>	A constitucionalização simbólica e a garantias aos direitos fundamentais .....	<b>20</b>
<b>4.3</b>	O estado de coisas inconstitucional .....	<b>21</b>
<b>4.4</b>	Precedentes de aplicação .....	<b>22</b>
<b>5.</b>	<b>TEORIA DA PENA E O CÁRCERE NO BRASIL .....</b>	<b>24</b>
<b>5.1</b>	Fundamentos, finalidade e espécies de penas existentes no ordenamento jurídico brasileiro .....	<b>25</b>
<b>5.2</b>	Sistema carcerário em números .....	<b>27</b>
<b>5.3</b>	Situação de calamidade: apenas um exemplo brasileiro.....	<b>31</b>
<b>5.4</b>	Para o supremo.....	<b>33</b>
<b>6.</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>35</b>
<b>7.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>37</b>

## RESUMO

O aparelho prisional brasileiro forma um dos maiores sistemas carcerários do mundo. Segundo a última estimativa disponibilizada pelo INFOPEN, o número de pessoas sob custódia do Estado era de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) em junho de 2016 (INFOPEN, jun. 2016). Segundo dados, há, no mínimo, 726.712 presos para 326.712 (trezentas e vinte e seis mil, setecentos e doze) vagas, o que nos leva ao déficit de 358.663 (trezentas e cinquenta e oito mil, seiscentas e sessenta e três) vagas (CNJ, 2016). A deficiência de vagas gera um estado degradante aos internos, fazendo-os suportar uma condição análoga à tortura, que pouca margem deixa para uma futura recuperação. A situação suportada pelos detentos no Brasil induz o sistema carcerário à um estado de inconstitucionalidade. Assim, torna-se expressa a necessidade da reavaliação das prisões vigentes no sistema. Tal qual é, o aparelho carcerário não apresenta quaisquer condições para recuperar os internos.

**Palavras-chave:** BRASIL, PRISÃO, SISTEMA CARCERÁRIO, SUPERLOTAÇÃO, INCONSTITUCIONALIDADE.

## ABSTRACT

The Brazilian gaol system is one of the largest prisonals systems in the world. As indicated by the last official analysis made by INFOPEN (the official organ of Ministry of Justice that offers data from prisons in the country), the total number of people under the State custody was 726.712 (seven hundred and twenty six thousand, seven hundred and twelve), in June of 2016 (INFOPEN, jun. 2016). As stated, there is, at least, 726.712 (seven hundred and twenty six thousand, seven hundred and twelve) prisoners to 326.712 (three hundred and twenty-six thousand, seventy and twelve) available places on prisons. The deficiency of available space on prisons generates a degrading state to the inwards, which make them support a condition analogue to torture, that offers almost no chance to a future recuperation. The situation in which these people are uphold in Brazil leads the entire system to a state of unconstitutionality, that makes very clear the necessity to rearrange the system in the country. As it is, the prison apparatus does not show conditions to recuperate the prisoners.

**Keywords:** BRAZIL, PRISON, PRISIONAL SYSTEM, OVER CROWDED, UNCONSTITUCIONALITY.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa avaliar a situação do sistema carcerário brasileiro e, por fim, provar seu estado de inconstitucionalidade, corroborando o entendimento da tese de Marcelo Neves, na qual é apresentada uma situação de constitucionalização simbólica, e, por consequência, um Estado de coisas inconstitucional representado no sistema carcerário brasileiro.

Para tanto, se faz imperioso preponderar sobre a construção das Constituições, não só em âmbito nacional, de forma que se busca encontrar a positivação da primeira geração de direitos humanos e de direitos fundamentais, insertos no plano constitucional de determinado Estado, bem como observar o surgimento de institutos legais como o Habeas Corpus, o Tribunal do júri e os princípios do devido processo legal. A análise histórica é necessária para que trilhemos um caminho que nos leve à solidificação de diversos princípios. Expor-se-á para tanto a evolução das constituições modernas, passando desde a transição das sociedades da idade média para o final do absolutismo e início do parlamentarismo inglês, até a as atuais Cartas Constitucionais.

Sob as luzes da Revolução Francesa, demonstrar-se-á a insurgência nos Estados Unidos da América da primeira constituição das Américas. A Carta Magna americana representa, neste contexto, a reunião de regras e disposições legais dos estados confederados, dispondo as normas básicas do Estado plural. Deste modo, veremos como a evolução das constituições tomou vultos e deu forma ao que passou a ser nosso atual Estado Democrático de Direito.

Como bem pontuado por Neves, apresentar-se-ão diversos tipos de constituição ou processos de constitucionalização, muitos dos quais obedeceram apenas às formalidades dogmáticas e positivistas de constituição, servindo como um símbolo social de direito. A partir disso, será necessário definir o significado de uma Constitucionalização Simbólica.

Nesse sentido, de antemão ressalta-se que, embora existam um grande número de leis com função meramente codificadora, ou seja, que servem apenas para apontar o que deve ser juridicamente aceitável (NEVES, 1994, p. 31), a finalidade de tais leis não é alcançada se não houver reprodução no âmbito social daquilo que se pretendem como instrumentos reguladores de conduta. Preconiza-se desde já que sua atuação como máscara de um sistema que atende interesses de uma minoria de classes que o organiza, é o que determina, por fim, a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional.

## CAPÍTULO I

### 2. HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES

As constituições possuem sua própria história. Assim, embora muitos doutrinadores apontem uma ou outra referência para todos os textos constitucionais, a verdade é que cada Estado encontra suas próprias menções ao formularem suas Cartas Magnas. Há quem diga, por exemplo, que o *Torah*<sup>1</sup> é a primeira grande manifestação de leis e direitos fundamentais da história da humanidade. Outros, defendem que já poderíamos encontrar referências ao direito público nos escritos que regeram as antigas sociedades egípcias.

Estudos arqueológicos demonstram a existência de documentos jurídicos muito antes da compilação dos direitos romanos (mais notadamente, há 3.000 anos antes de Cristo), quando se deu a união do Alto e Baixo Egito pelo faraó Narmer<sup>2</sup>. Embora as escavações não indicassem a presença de um único código ou testamento que compilasse o direito do local, foram encontradas partes de contratos, atos administrativos e fragmentos de decisões judiciais, que indicam uma organização política e de alguma forma, jurídica, já naquela época.

Assim, conquanto seja verdade que os ordenamentos jurídicos sofrem forte influência do direito romano, e que os direitos fundamentais como conhecemos hodiernamente no Ocidente derivem de uma base quase linear de evolução normativa, não é possível ignorar a existência de um direito anterior ao entendimento normativo e político contemporâneo. Aqui, entretanto, analisaremos primeiramente o direito europeu para, *a posteriori*, firmamos algumas aceções que se pretendem comuns.

#### 2.1 A Magna Charta Libertatum

Assinada em 1215, a *Magna Charta Libertatum* foi um acordo entre lordes na Idade Média inglesa. O rei, herdeiro mais novo do Rei Henrique II, não tinha perspectivas de alcançar o trono ou de herdar grandes terras do legado de seu pai. Tornou-se, porém, o herdeiro favorito após seus irmãos mais velhos encabeçarem uma rebelião que terminou frustrada em 1174. João recebeu as terras na Inglaterra e se tornou lorde da Irlanda em 1177. Após a morte de seus

---

<sup>1</sup> O *Torah* consiste na compilação dos cinco livros da Bíblia Hebraica, mais conhecido pelos não judeus com o “Antigo Testamento”. Mais informações disponíveis em <http://www.jewishvirtuallibrary.org/the-written-law-torah> Acesso em 17/11/2017.

<sup>2</sup> <https://www.projuris.com.br/como-era-o-direito-no-egito-antigo/>

irmãos mais velhos, e, esforçando-se para manter seu poder e alinhar os direitos dos demais barões e alto clero, redigiu um documento com uma série de princípios que permitiam a ele continuar seu governo nas formas do regime feudal.

O documento buscava, por parte da nobreza, acabar com os abusos de poder do soberano, ao mesmo tempo em que dava alguns direitos aos senhores feudais, que se sentiam constantemente violados pelo poder supremo do rei. João Sem Terra concordou em diluir seus poderes principalmente porque as relações da Inglaterra estavam desgastadas, e os provedores de riquezas e alimentos para o território inglês eram justamente seus subordinados nos feudos. Como perdia terras, confiança e dinheiro em seus territórios, o rei precisava do apoio dos senhores feudais para manter seu poder. A *Magna Charta* possuía 63 disposições que tratam dos mais diversos assuntos, inclusive do papel da Igreja Católica no Estado inglês. Dentre os arranjos, o rei se dispunha a ser menos severo com os senhores feudais, estabelecendo leis justas, permitindo o acesso dos súditos às cortes e admitindo que o dinheiro não obstasse o acesso à tutela real dos direitos dos comuns.

O princípio da anterioridade tributária é um dos princípios constitucionais que se encontra enraizado neste documento. Ele previa que nenhum imposto poderia ser criado sem a prévia concordância do “Grande Conselho” (composto por emissários da nobreza e do clero, sendo vinte e cinco barões responsáveis diretamente pela fiscalização dos atos do Rei, podendo inclusive usar a força para coagir a majestade). O princípio do devido processo legal também está consubstanciado no texto, demonstrado pelo artigo 28 da Carta, segundo o qual nenhum homem livre poderia ser preso sem a devida análise legal dos seus atos (*Magna Charta Libertatum*, 1215, art. 12, art. 16 e art.28)<sup>3</sup>

Nenhum homem livre será sentenciado ou aprisionado ou despojado de seus direitos ou possessões ou proibido ou privado de sua posição em qualquer outro meio, nem se procederá força contra o mesmo, ou ordenado que outros o façam, exceto pelo devido julgamento legal de seus iguais ou da lei de sua terra. (Tradução livre).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> *Magna Charta Libertatum* – artigo 12 – Nenhuma “ajuda” ou “tributo de isenção militar” (2) será estabelecida em nosso reino sem o consentimento geral, a não ser para o resgate de nossa pessoa, para fazer cavaleiro nosso filho primogênito, e para casar nossa filha primogênita. Para estes propósitos, somente poderá ser estabelecida uma ajuda razoável. De igual maneira se procederá quanto às ajudas da cidade de Londres. Artigo 16 – Nenhum homem será forçado a realizar maior serviço de que deve em virtude de seu feudo de cavaleiro ou de qualquer outra posse livre de terra. Artigo 28 – Nenhum delegado ou meirinho tomará trigo ou outros bens móveis de qualquer homem sem imediato pagamento, a menos que o vendedor voluntariamente lhe ofereça crédito.

<sup>4</sup><http://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal> Acesso em 15/11/2017.

O texto sofreu alteração com o passar dos anos, alterando-se a expressão inicial para “Ninguém será sentenciado...”, de modo que incluiu todas as pessoas e não apenas os súditos da Coroa. Outras prerrogativas, como o Habeas Corpus, encontram-se igualmente no texto

A Magna Charta, imposta pelos barões ingleses, em 15 de junho de 1215, ao rei João Sem Terra, foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como para impedir a medida cautelar de prisão sem o prévio controle jurisdicional (retro n. 923). **O modo prático de efetivar-se esse direito à liberdade – como lembra Costa Manso – foi estabelecido pela jurisprudência: expediam-se mandados (writs) de apresentação, para que o homem (corpus) e o caso fossem trazidos ao tribunal, deliberando este sumariamente sobre se a prisão devia ou não ser mantida. Dos diversos writs, o que mais se vulgarizou foi o *writ of habeas corpus ad subjiciendum*, pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum* – tudo aquilo que a respeito fosse decidido (MARQUES, p. 373) (g.n.).**

A Magna Carta é considerada um marco para a história das constituições, servindo de paradigma para as demais Constituições anglo-saxãs e, contemporaneamente, para a maioria das constituições ocidentais. É considerada a base do sistema de *common law* inglês. Apesar de ter sido continuamente moldada e alterada para atender a evolução da sociedade inglesa, seus mandamentos ainda ajuízam eficácia no atual parlamentarismo inglês.

## 2.2 The Bill of Rights

O absolutismo chega ao fim e com ele, adentramos à era do iluminismo, influenciado principalmente pelos pensadores John Locke, Jean Jacques Rousseau, Voltaire e Montesquieu. O movimento surgiu por volta do século XVII na França e pregava o fim da visão teocêntrica, fundada na razão, pondo fim às “trevas” da Idade Média. É nesse contexto que é editado o *Bill of Rights*, em 1689.

Após a revolução gloriosa, o parlamento inglês tomou força para editar a carta que acabaria com o poder absoluto do monarca. O *Bill of Rights* foi o maior progresso democrático na Inglaterra desde a edição da *Magna Charta Libertatum*. Nele, foram estabelecidos direitos positivos de segunda dimensão, como a liberdade de imprensa, o sistema parlamentarista de governo e a autonomia do poder judiciário. Além disso, limitou-se a gestão de recursos públicos outrora controlada pelo rei, fazendo com que os gastos do monarca requeressem a autorização prévia do parlamento. As leis, igualmente, só poderiam ser sancionadas após a mesma concordância. (SARLET, 2012, p.45)

A edição do *Bill of Rights* significou a derrocada final do absolutismo inglês, passando o Estado de um regime monarquista para um sistema regido majoritariamente pelos membros

da burguesia que compunham o parlamento. Essa mudança de regimes foi a base para a criação do Estado Burguês na Inglaterra do século XVII, facilitando o papel vanguardista do país na Revolução Industrial e conseqüentemente, do regime capitalista. O documento trouxe consigo a positivação definitiva de direitos e deveres dos governantes, impondo, aos membros do parlamento, regras e princípios econômicos, sociais e de conduta, cujo desrespeito culminaria em sanções legais e perda de direitos.

### 2.3 Constituição Federal dos Estados Unidos da América

O século seguinte à edição do *Bill of Rights* trouxe avanços para o sistema constitucional do Ocidente. A partir da declaração de independência da principal colônia inglesa na América, em 04 de julho de 1776, os Estados Unidos definiram seu papel pioneiro no continente americano. Tal pioneirismo ficou marcado pela edição da primeira Constituição das américas, um compilado de regras e princípios das 13 colônias confederadas que objetivava “formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade”. (CONSTITUIÇÃO AMERICANA, 1776). A ratificação dos sete artigos, pelas treze colônias do Estado deram garantia à efetividade da Constituição americana.<sup>5</sup>

Fundada e justificada na e pela noção de soberania popular, emblematicamente expressa já no Preâmbulo, mediante a famosa expressão “Nós, o Povo” (We the People), a Constituição de 1787, como já sinalado, foi a primeira constituição escrita a consagrar uma República Federativa, além de estabelecer um Executivo unipessoal nos dois planos federativos (federal e estadual), exercido por um Presidente da República na esfera do governo da união, bem como colocando em prática a separação de poderes idealizada por Montesquieu e afirmar a supremacia da lei (*rule of the law*). (SARLET, 2012, p. 46)

O texto inicial serviu, primeiramente, como unificador dos Estados membros americanos, retirando-os da condição de colônias independentes e unindo-as em um Estado Federado. Em 1791, a Constituição foi emendada em termos que garantiram amparo às liberdades individuais e de justiça, passando de um caráter meramente unificador para uma feição de efetiva proteção aos direitos civis. Os sete artigos da Constituição Americana e suas inacreditáveis vinte e sete emendas, fazem dela o texto constitucional mais conciso em vigor.

---

<sup>5</sup> “A ratificação, por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado. Dado em Convenção, com a aprovação unânime dos Estados presentes, a 17 de setembro do ano de Nosso Senhor de 1787, e décimo segundo da Independência dos Estados Unidos. Em testemunho do que, assinamos abaixo os nossos nomes. ”

As dez primeiras emendas constituem o *Bill of rights of the America*, no qual são instituídos os fundamentos da soberania popular, da separação dos poderes, da Federação no âmbito de um Estado comum, na manutenção dos direitos individuais e fundamentais e na proteção da liberdade e igualdade de pessoas perante o Estado (SARLET, p. 47). Por esses motivos, podemos dizer que a constitucionalização americana se pauta em dois princípios fundamentais: a ideia de um Estado resguardado pelos preceitos garantidos por uma Carta Magna à qual os Estados signatários devem observância plena, e, a autoridade deste texto mediante os tribunais, que devem observar os pressupostos nela contidos acima de qualquer outro preceito ao proferirem suas sentenças.

Deste modo, o processo de constitucionalização norte americano busca ofertar um mecanismo de regras gerais de ação, abstraindo-se um pouco da realidade subjetiva do fato que permeia a relação jurídica, buscando no texto constitucional uma positivação de plena eficácia, fornecendo, por fim, regras gerais de ação. Assim, se por um lado o texto constitucional parece resumido, as regras e princípios nele contido se demonstram objetivas e eficazes na decisão da maioria dos casos concretos levados à tutela do Estado.

#### **2.4 Constitucionalização Brasileira**

A história constitucional brasileira tem início no ano de 1824, quando, por ordem de Dom Pedro I, outorgou-se a primeira Constituição do Império do Brasil. Assim como na Inglaterra, o marco histórico para a definição dos direitos e deveres dos cidadãos do Brasil foi resultado de uma perda de domínio do monarca nos territórios em que a Coroa detinha poder.

Quando atravessaram o Atlântico em busca de temperos, talvez os portugueses não soubessem, ou não entendessem a grandiosidade do que encontrariam do outro lado do Oceano. A verdade é que, ao aportarem em Porto Seguro numa longínqua tarde de 22 de abril, se deparam um patrimônio muito maior do que buscavam nas Índias. Ao procurarem temperos, encontraram homens. Homens, mulheres e crianças, nus, limpos, fortes e saudáveis.

Ao conquistador europeu, supõe-se um misto de êxtase e desconfiança. Se, por um lado, encontrar um território maior que o seu por origem lhe pareceu maravilhoso, ainda porque o solo em que se pisava era claramente fértil para vida, se deparar com habitantes dessa terra em uma situação tão “atrasada” era um desafio. Para ele, talvez, o desafio da conquista, da mudança e da evolução. Inobservância tola do conquistador, porém, foi deixar de enxergar a organização que já havia nas sociedades que anteriormente se estabeleceram por aqui. Se por um lado não

passavam fome, era possível ver alguns “selvagens” se alimentando de carne humana. Se não cheiravam suor, também não trabalhavam em fábricas, com máquinas que facilitavam parte do processo conduzindo-os à exaustão. Para o português, europeu e automatizado, se fez preciso mostrar àquela população seu aparente atraso. (HOLANDA, 2007)

Fonte incontestável de convencimento para corroborar ao anacronismo no qual viviam os nativos foi revelar sua face. Ao se reconhecer no espelho, os indígenas entenderam sua diferença. De tal forma que, o outro, com tantos adornos, lhe pareceu tão belo e demorou para que sua imagem refletida nas águas convergisse para o nada. A identidade de sua tribo se tornou pequena para explicar porque tantos dessemelhantes aportavam e cercavam seu solo. Passaram então a aceitar, a se misturar e a admirar quem vinha de longe, na esperança que um dia encontrassem uma identidade em comum.

Assim, os portugueses ensinaram alguns bons modos àqueles que chamaram de índios, e os índios, ironicamente, ensinaram higiene aos portugueses. Nessa relação de descoberta mútua, o colonizador rapidamente percebeu que o conforto trazido pela terra descoberta não permitia, à natureza da população que habitava o território anteriormente à sua chegada, grandes abusos ao seu ser. Alinhado de preguiçoso, após uma série de abusos do conquistador, o povo indígena deu lugar aos homens negros no trabalho pesado dos campos, lavouras e construção civil.

Ao que parece, aos poucos, colonizador e colonizado encontraram seu lugar ao sol. E assim se fez a imagem do império português no Brasil. Vale dizer também, que o Brasil deu abrigo para tantos outros europeus que perdiam o *status* social, transformando-se num refúgio para aqueles que não podiam circular livremente em terras europeias.

## **2.5 Mudanças no processo de colonização**

Trezentos anos após as primeiras descobertas, Portugal perdia espaço no cenário mundial. A Coroa fugia do vizinho opressor inglês, que exigia o fim dos abusos escravocratas e a compra de seus tecidos, que deveriam cobrir toda a terra conquistada. A Colônia, por sua vez, se virava como podia. Hora enviando madeira, ouro, diamante, açúcar, e tudo mais o que o solo podia produzir, hora transformando as uvas em vinho, buscando um equilíbrio impossível entre o que se bebia e o que se vestia. Foi nesse contexto que a família real portuguesa descobriu no Brasil o refúgio perfeito.

Em 24 de janeiro de 1808 ancoraram em Salvador os navios com os membros da Corte. O desembarque da família real significou uma série de modificações na colônia, entre elas a

abertura dos portos às nações amigas, a construção de estradas, praças e teatros, a criação de fábricas, escolas e bibliotecas, a criação de um órgão de justiça – a Justiça Brasileira, de um banco nacional, o Banco do Brasil. Tudo para transformar a nova casa da Coroa em lar. Assim como a descoberta de uma nova terra, há de se dizer que os portugueses não imaginaram o que bom cultivo de um solo fértil poderia fazer brotar. (HOLANDA,1995)

Partindo de seu país com medo de ataques, Dom João esqueceu-se de trancar os portões. Ao estabelecer-se no Brasil com sua família, permitiu que os franceses invadissem a terra lusa diversas vezes, fato que culminou na Revolução Liberal do Porto, forçando-o a retornar e tomar controle do território que estava perdendo. A essa altura, em 26 de abril de 1821, e, portanto, treze anos após sua chegada, Dom João se viu obrigado a retornar a seu país pobre e despedaçado. O tempo em que passou na colônia, entretanto, foi o suficiente para fazê-la florescer. (HOLANDA,1995)

O Brasil imperial estava em estado de ebulição. A evolução da sociedade burguesa após a dissolução das grandes capitâneas que outrora sustentaram a Corte, a chegada dos imigrantes europeus como mão de obra nas lavouras, e as demais marcas de 324 anos de um processo colonial escravocrata, altamente desigual, mas que inevitavelmente unia todos os espectros dos que ocupavam e miscigenavam este solo, em conjunto, fez com que se tornasse irremediável uma tutela do Estado. Neste caso, foi a figura desgastada do Imperador, que buscava a todo custo manter o pilar que sustentava o pequeno país localizado na península ibérica, que deu força a mudança do cenário político brasileiro. (CALÓGERAS, 1972, págs. 21-94)

## **2.6 A primeira constituição**

Um ano após o retorno de Dom João VI à Portugal, o príncipe regente Dom Pedro I já não podia ignorar o sentimento nacionalista que se firmou na colônia. A burguesia pedia, as revoltas sociais desabrochavam e um Estado distante e falido já não podia mais controlar a identidade nacional firmada após a chegada da família real portuguesa. Assim, no dia 07 de setembro de 1822, Brasil e Portugal rompem seus laços de Corte e Colônia e é declarada a independência do Império do Brasil.

Tal independência brasileira não foi, como ordinariamente descrito, um ato heroico de D. Pedro, mas, em verdade, o resultado irremediável da situação em que os próprios portugueses haviam se colocado. Dois anos se passam até a edição final da primeira Carta Constitucional do Império, denominada Constituição Política do Império do Brasil, em 1824.

Popularmente conhecida como Constituição da Mandioca, recebeu essa alcunha em razão dos membros escolhidos para sua elaboração, dos quais estavam divididos entre proprietários rurais, militares, médicos, bacharéis em direito, funcionários públicos e principalmente, proprietários rurais e principalmente pelo voto, indireto e censitário, sendo que para ter direito ao sufrágio, os eleitores tinham que comprovar rendimentos equivalentes ao alcançado por cento e cinquenta alqueires de plantação de mandioca. Não era somente o tamanho da propriedade que importava à concessão do direito de voto, mas também a quantidade de escravos que o proprietário possuía e o rendimento de sua terra. (HOLANDA, 1976)

Característica marcante era a existência de um quarto poder, o poder moderador, que conferia ao Imperador a competência de chefe soberano do Estado, de modo que todas as decisões tomadas pelos demais poderes deveriam ser submetidas à sua outorga.

A Constituição do Brasil imperial de Dom Pedro I tinha tudo para ter nascido fadada ao fracasso. Perdia sucessivamente o apoio dos militares e popular e, a cada dia aumentava as bases do parlamento ruralista, servindo ao interesse de uma minoria não representada popularmente. Ironicamente, porém, a primeira Constituição perdurou surpreendentes 67 anos, sendo substituída somente em 1891, com a proclamação da república, poucos anos após a abolição da escravidão. (HOLANDA, 1976)

Assim, a primeira constituição do Brasil atendeu, primeiramente, ao interesse do Imperador, depois da aristocracia escravocrata e dos grandes latifundiários, e, combinada com um alto preconceito, motivado por um sentimento xenofóbico, pouco fez valer as normas de direito social coletivo que compunham seu texto.

## CAPÍTULO II

### 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos são uma construção histórica que pode ser observada através das constituições, evoluindo desde a era do Absolutismo, quando possuíam um caráter simbólico mais marcante e serviam para salvaguardar as prerrogativas e o poder do Estado, até a atualidade das legislações. Hoje, esses direitos encontraram seu lugar como protetores das liberdades individuais ou coletivas inerentes ao homem, e são caracterizados pela universalidade, moralidade, preferencialidade fundamentabilidade e abstração. (ALEXY, 1999, p. 58)

Consideram-se moralmente fundamentáveis os

direitos de defesa da tradição liberal, que, como direitos à abstenção de outros, isto é, como direitos negativos, protegem bens como a vida e a liberdade; (2) direitos de proteção, que obrigam o estado a proteger o indivíduo com um atuar positivo perante intervenções de outros; (3) direitos políticos, que permitem aos membros de uma comunidade jurídica tomar parte no processo de formação da vontade política; (4) direitos sociais, que protegem o mínimo de subsistência; e (5) direitos processuais, que garantem o cumprimento dos direitos nomeados em (1) a (4). (ALEXY, 2000, p. 28).

Para Jürgen Habermas (2000, pg. 11), muito embora os direitos humanos sejam dotados de vasto conteúdo moral, eles também possuem a forma de direitos subjetivos exigíveis, ao passo que concedem liberdades e pretensões específicas. De tal modo forma que “os direitos humanos circunscrevem-se de forma precisa somente naquela parte da moral que pode ser traduzida ao âmbito da lei coercitiva e transformar-se em uma realidade política mediante a fórmula robusta de direitos civis efetivos”

Os direitos humanos diferem dos direitos fundamentais por quê, segundo Alexy (2006, pag.520), as normas de direito fundamentais vinculam-se ao sistema jurídico pela soma de dois fatores: sua fundamentabilidade formal e sua fundamentabilidade substancial. Nesse sentido, a primeira veicula inteiramente os poderes governamentais (e os operadores do legislativo, executivo e judiciário), pois está no ápice do ordenamento jurídico vigente. A fundamentabilidade formal é somada à fundamentabilidade substancial, de forma que essa última determina que as decisões dos três poderes devem obedecer às normas de direito fundamental conquanto às estrutura normativa básicas do Estado e da sociedade (ALEXY, 2006, pg. 521).

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios

estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias. (SARLET, 2005, p. 70)

É imprescindível destacar o papel da Convenção dos Direitos do Homem<sup>6</sup>. Ao impor a observância à uma série de direitos inerentes à condição humana, o Comitê formado pela Organização das Nações Unidas buscou evitar que se repetissem os horrores que duas guerras mundiais causaram. Nesse período sombrio, a humanidade presenciou atos tão nefastos que, ao seu fim, os Estados partes não tiveram outra escolha (moral e ética) senão buscar assegurar que tais abusos não se repetissem por razão alguma. (SARLET, 2005, pag. 70). De modo que,

todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados (...) Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais. (CONFERÊNCIA NACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1993)

Permanece o consenso, dentre os juristas, de que os direitos fundamentais se fazem necessários para estabelecer os poderes e conduzir a atuação do Estado e de seus ordenamentos jurídicos. Isso se justifica não apenas no sentido da atuação positiva do Estado como ente garantidor de direitos individuais e sociais, mas talvez, principalmente, para evitar certos excessos da atuação estatal. Observamos que os direitos fundamentais tomaram os vultos de relevância, consistência e prestígio cultural a partir de sua incorporação, em diversos segmentos socioeconômicos destituídos de riqueza que passaram a ter importância nas relações jurídicas e no plano de vida em sociedade. (DELGADO, 2007, p. 12).

### **3.1 Fundamentação dos Direitos Humanos e Fundamentais**

Para Alexy, os direitos humanos diferem dos direitos fundamentais pelas características normativas intrínsecas à cada um. Nesse sentido, como outrora mencionado, os direitos humanos operam de maneira universal e abstrata. São direitos dirigidos à toda humanidade,

---

<sup>6</sup> A Convenção de Direitos do Homem estabeleceu uma série de direitos humanos a serem observados pelos Estados em sua atuação no período que sucedeu as duas grandes guerras mundiais. Para mais informações, consultar “A Carta Internacional de Direitos Humanos”, disponibilizada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Disponível em: [http://direitoshumanos.gdcd.pt/pdf/Ficha\\_Informativa\\_2.pdf](http://direitoshumanos.gdcd.pt/pdf/Ficha_Informativa_2.pdf). Acesso em 09/11/2017.

pactuados internacionalmente, aos quais as normas internas devem observância independentemente da positivação interna em seus textos legais (ALEXY, 1998, pg.01)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem demonstrou, há setenta anos, o objetivo de tais direitos, que não parecem destoar de sua finalidade atual, vez que os direitos humanos se apresentam como “o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações”. (ALEXY, 1999, p. 55). Como resultado direto dos abusos cometidos após duas grandes guerras, sendo a segunda a mais atroz, firmou-se em 10 de dezembro de 1948 um acordo entre 48 países que serviria, primeiramente, para estabelecer limites para as ações humanas. (BOBBIO, 2004, p. 18)

Tais limites vieram cunhados de valores éticos e morais, pactuados a serem respeitados ainda que a mais terrível situação assolasse a raça humana. São direitos imprescritíveis e inerentes à própria condição do homem. Para Alexy, ainda que o consenso alcançado pelos países em dezembro de 1948 seja somente “uma concordância contingente condicionada pelos horrores de ambas as guerras”, os problemas de fundamentação teórica de tais preceitos não os invalidam, tornando-os mais práticos e mais fortes enquanto as pessoas acreditem firmemente na sua validade. (ALEXY, 1999, p.56). Assim, ainda que careçam de definição epistemológica e teórica, ou que possam apresentar um alto grau de abstração se analisados a partir de uma matéria fática, os direitos humanos não deixam de persistir entre as relações humanas.

Os direitos fundamentais, por sua vez, estão ligados a uma relação de normatividade interna, que respeitam uma prioridade de aplicação dentre as opções do direito positivado em determinado Estado. Neste sentido, demonstra-se:

Os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva. Por outro, porém, eles indicam além do sistema nacional. Nessa passagem do nacional deixam-se distinguir dois aspectos: um substancial e um sistemático. Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem satisfazer os requisitos que lhes podem ser postos, devem incluir os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordem jurídica (ALEXY, 1998, pg. 01).

Os direitos humanos, dotados de universalidade, sintetizam direitos como exigências éticas ou valores. Segundo Eusébio Fernandez, a adjetivação de direitos humanos como “morais” pode indicar a ideia de a fundamentação ética atuar como uma limitação à composição e ao número dos direitos que podemos chamar de direitos humanos. Tal qual é, seriam considerados fundamentais aqueles direitos que carregarem mais profundamente à tutela da dignidade humana. (FERNANDEZ, pg.108). Os direitos fundamentais, por sua vez, são parte desses direitos, positivados em determinado ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais

buscam, em última instância, resguardar e aplicar os direitos humanos pactuados internacionalmente.

Sendo assim, a ideia de um direito humano positivado constitucionalmente nos leva à necessidade de aplicabilidade social desse direito disposto no ordenamento legal. Tal imagem nos é elucidada porque, no próprio processo de criação da norma, já se enxergava a expectativa e possibilidade da aplicação deste direito no âmbito social, retirando-se, neste processo de positivação, o caráter de abstração próprio dos direitos humanos tidos como universais. Os direitos humanos, conquanto universais, garantem que a condição humana seja o suficiente para invocar a proteção desses direitos, não sendo necessária nenhuma outra qualidade do homem para sua efetivação, e, são ainda, guarnecidos pela essencialidade, ou seja, têm por conteúdo os valores supremos do ser humano e a prevalência da dignidade humana (MAZZUOLI, 2014, pg.27).

Nesse sentido, a positivação das garantias fundamentais e dos próprios direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio devem vincular-se diretamente à regra primária de direito humano que lhe deu origem, buscando, no mínimo, aderir reciprocamente aos pressupostos da dignidade da pessoa humana e as fundamentações que lhe deram forma, tendendo a abrigar, tanto quanto for possível, a saúde física e psicológica daqueles que obtêm por natureza sua proteção, considerando o caráter universal, essencial e moral de tais normas.

### **3.2 Classificação dos Direitos Fundamentais**

A partir da evolução das normas de direitos humanos e, por conseguinte, das prerrogativas constitucionais de direitos fundamentais, podemos observar sua separação em dimensões ou gerações. A divisão é feita pela doutrina em três gerações ou em até cinco dimensões. A primeira geração se refere aos direitos mais basilares, pioneiros em positivação, relacionados diretamente à Revolução Francesa e ao processo constitucional norte americano. Tais direitos podem ser relacionados à uma prestação negativa do Estado.

Essa característica se justifica pela anterior existência de um Estado absolutista, que cerceava demasiadamente as liberdades individuais daqueles se atinham à sua tutela. São os direitos que permitiram o exercício das liberdades individuais, principalmente aquelas relacionados à liberdade de consciência, de expressão e de inviolabilidade de domicílio (MENDES, 2016, pg. 136). A ideia de separar esses direitos em dimensões é uma maneira didática de demonstrar sua evolução histórica, de forma que o aparecimento de uma nova

“dimensão” não exclui a existência da outra. Em verdade, o alcance dos direitos fundamentais passa a novos patamares, tocando objetos que antes eram-lhe meramente contemplativos.

A segunda geração tutela os direitos sociais mais basilares. Trata-se do conjunto de normas que dispõe sobre direitos culturais e econômicos, e ainda, alguns direitos vinculados à assistência de desigualdades sociais. Essa geração se desenvolveu em razão da evolução da sociedade e das liberdades individuais no período pós absolutista. A mudança na forma de Estado e governo, bem como às revoluções de pensamento no ramo do direito público, em conjunto com a mudança social no que diz respeito à forma de trabalho (do campo para a indústria), gerou a necessidade de uma jurisdição ativa que se atentasse às mazelas da população que, sem tardar, se tornaria majoritariamente urbana. Disto, temos a observância ao princípio da igualdade social. Um exemplo de positivação dessa geração de direitos encontra-se no Tratado de Versalhes, de 1919 (MENDES, 2016, pg. 137)

A terceira geração, por sua vez, diz respeito aos direitos de caráter coletivo, também chamados de direitos difusos. Esses direitos podem ser exemplificados pelo direito à preservação do meio ambiente, à paz, à classe consumerista. Essa geração representa a ampliação da guarida dos direitos fundamentais, de forma de seu caráter assistencial se expande à coletividade, e não apenas a situações pontuais e individuais.

É importante ressaltar que a classificação dos direitos humanos não se finda nessas três gerações. Há que se dizer que quando classificados em dimensões, o instituto dos direitos fundamentais se torna muito mais abrangente e expansível. Ao utilizar o termo dimensões, o jurista tenta imprimir uma ideia de coexistência às esferas de direitos fundamentais, isso porque o termo “gerações” pode dar a impressão de exclusão de uma camada de direitos pela outra, o que de fato não é verdade, uma vez que a expansão do ramo de tutela de determinado direito não deve nunca significar a automática exclusão do anterior.(MENDES, 2016, pg. 138)

Nesse sentido, o termo “dimensões” parece demonstrar de maneira mais clara essa ideia de existência e cooperação mútua dos direitos fundamentais, porém, no presente trabalho a análise restringir-se-á aos domínios de direitos fundamentais já apresentados, tornando-se irrelevante a disposição terminológica.

### **3.3 Direitos fundamentais e a constituição**

Como outrora demonstrado, a história constitucional está fortemente vinculada ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã é um marco para a concretização de tais direitos. Tal fato é

facilmente verificado ao analisarmos o texto, que apresenta um título inteiro aos “Direitos e Garantias Fundamentais” (CRF, 1988, Título II).

Os direitos fundamentais estão diretamente ligados à noção de Direitos do Homem, possuindo várias características em comum com os direitos humanos em sentido abstrato, como a universalidade em sentido estrito (extensibilidade à todas as pessoas que a ele se vincularem juridicamente); a relatividade ou limitação (de forma que não possuem um caráter absoluto, encontrando limitações por sua própria natureza principiológica), a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade. Uma vez reconhecidos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, o texto constitucional apresenta liames irrevogáveis e indisponíveis, consubstanciados em regras e princípios. (BELTRAMINI NETO, 2014, pg. 30)

É por meio das normas constitucionais e de sua aplicabilidade que se torna possível discorrer sobre o enfoque pretendido neste excerto. Ponderando a condição das pessoas encarceradas no país, e observando as normas de direito fundamentais positivadas no texto constitucional, como o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, LXII), o direito ao cumprimento da pena em estabelecimento específico de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do (a) presidiário (a) (art. XLVII), a vedação à tortura (art. 5º, inciso III, CF/88), poderemos observar as discrepâncias entre o que é constitucionalmente garantido e o que de fato é ofertado pelo Estado.

### **3.4 Direitos fundamentais e o Estado Constitucional De Direito**

Se, por um lado, os direitos fundamentais caracterizam uma ordem essencial ao Estado em que se vinculam, por outro, eles também representam a ideia de um sistema de normas maior, através do qual se exprimem comandos supranacionais, consolidados através de experiências normativas em diversas sociedades humanas e da observância de seus resultados. Dessa forma, os direitos fundamentais rompem o caráter de norma meramente constitucional e passam a ter um papel simbólico na positivação dos direitos do homem<sup>7</sup>.

O Estado Constitucional de Direito é, nesse sentido, um local jurídico/ normativo em que algumas regras de direitos humanos universais, antes abstratas, se tornam socialmente vinculadas. Por conseguinte, sendo o Estado ente detentor de poder regulatório e a sociedade, a destinatária das normas, ambos passam a dever observância às regras de conduta por elas impostas. Dessa forma, ao criar as leis ou ao positivá-las em seus textos normativos, o Estado

---

<sup>7</sup> Comparação feita entre Alexy, Diskurstheorie e Menschenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995, S. 144 f.

se atrela aos preceitos e objetivos contidos na norma. Não obstante, objetivo da norma deve ser replicar socialmente a carga principiológica que a motiva.

Nesse processo, a Constituição Material atua como o o conjunto juridicizado de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que configuram determinada sociedade. (TAVARES, 2012, pg. 90), utilizando-se das palavras de Ferdinand Lassale, denota-se que esse sentido gera os chamados “fatores reais de poder que regem efetivamente a sociedade e que devem estar vertidos na Constituição, sob pena de esta transformar-se em mera folha de papel”. As normas materialmente constitucionais, também chamadas de normas constitucionais fortes, são aquelas que compõe a constituição material, são as normas tipicamente constitucionais, relativas à estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado (BACHOF, 1994, p. 39)

O Estado Democrático de Direito é ente controlador uma sociedade politicamente organizada, destinado à promover o bem comum. De tal modo, quando as normas materiais dispõem-se no texto constitucional, dividindo a atuação do Estado e delimitando a forma e estrutura de governo, buscam conduzir o Estado a uma atuação que garanta a efetividade dos direitos por ela preconizados. Ao dispor materialmente das regras e princípios no texto constitucional, o Estado veicula sua atuação à observância desses paradigmas, devendo, primariamente, se ater à garantia dos direitos básicos da sociedades, ou seja, dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, sem os quais se torna impossível o exercício dos privilégios defendidos por esse Estado.

Para Alexy, fundamentar o direito das coletividades implica realizar um meio para concretização dos direitos do homem. Desse modo, ao tutelar os direitos coletivos, o Estado deve buscar garantir os direitos humanos, de forma que a observância dos destes se torne uma

Condição necessária para a legitimidade do direito positivo. Nisto, que o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo, portanto, ser suficiente à sua pretensão à exatidão, manifesta-se a prioridade dos direitos do homem. Direitos do homem estão, com isso, em uma relação necessária com o direito positivo, que está caracterizada pela prioridade dos direitos do homem. Essa prioridade necessária é a terceira marca definidora dos direitos do homem. (ALEXY, 1999, pg. 60)

Logo, o Estado Constitucional de Direito é aquele estado em que a norma Constitucional gera efeitos de caráter prático no âmbito social, tornando-se um meio pelo qual se conquista um fim. Logo, a finalidade da norma é a adequação social àquilo que por ela é pressuposto como um ideal na sociedade. Podemos dizer que vivemos em um Estado Constitucional de Direito quando as normas Constitucionais encontram aplicabilidade e eficácia no âmbito social,

servindo, por fim, à proteção e tutela dos direitos que primariamente as justificam em seu processo de positivação, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

### **CAPÍTULO III**

#### **4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA**

O conceito Constitucionalização Simbólica aqui estudado é baseado na tese descrita por Marcelo Neves, então Professor Titular da Faculdade de Direito de Recife, em 1994. Neves defende em seu trabalho que a Constituição deve ser um mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas, apresentando-se como uma “instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado” (NEVES, 1994, pag. 160).

Neste sentido, propõe algumas fórmulas para constatar a aplicabilidade e viabilidade do texto constitucional, analisando a realidade fática social no contexto do Estado Constitucional e Democrático de Direito, tema sobre o qual passaremos a discorrer.

##### **4.1 Teoria da Constitucionalização Simbólica**

Marcelo Neves traça um longo caminho ao definir constitucionalização simbólica. Primeiramente, se atém a delimitar o sentido de símbolo, de forma que elucida as mais diversas conotações da palavra. Expõe que a simbologia sobre a qual pretende discorrer é aquela conexas à legislação. Ao falar de uma legislação simbólica, o autor demonstra que “o que vai distinguir a legislação simbólica não é o ritualístico ou o mítico, mas sim a prevalência do seu significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo aparente” (NEVES, 1994, p. 31). Para o jurista, tratar de símbolo significa dizer que, através das leis, o legislador busca alcançar determinados fins, especialmente, “a mudança social”. Neves arrazoa em busca de uma definição para constituição e observa os mais diversos processos de constitucionalização, apontando as diferenças reunidas entre os múltiplos métodos constitucionais.

Para ele, a Constituição deve ser um produto de diferenciação entre direito e política enquanto sistemas, e, na medida em que ela permite a comunicação entre esses dois sistemas, a Constituição não deve estar hierarquicamente inferior à política, mas deve permitir que ambas dialoguem em horizontalidade. Assim, a constituição deve acoplar suas leis e a política dentre os ambientes em que estiver inserida como meio de tutela de direitos, permitindo uma relação mais direta entre esses sistemas.

Cada um dos sistemas tem um código próprio, através do qual ele se reproduz. Para o direito, este código é o que define lícito ou ilícito, e quem limita, em última instância esse critério, é a Constituição. Cada nova norma que pretenda adentrar ao direito positivado deve obedecer a regra Constitucional, qual seja, a licitude. O sistema se auto reproduz de modo auto referencial, podendo ser designado como auto referencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos de que é composto. Há uma autonomia sistêmica que faz com que o direito se reproduza sem necessitar de fatores externos. Assim, a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece.

Se o sistema se abre demais a influências externas, perde seu ponto referencial interno e, portanto, sua capacidade autônoma de auto reprodução, se tornando um veículo para que as influências externas conquistem um papel normativo. Nesse sentido, o Neves discorre que

Os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado de Democrático de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo policial, são invadidos por critérios extrajudiciais que de forma incontrolável corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente. É ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo.(NEVES, 2006, p. 240)

A Constituição Simbólica, portanto, é aquela que sofre intensa influência de outros sistemas, permitindo que eles interfiram em seu texto a ponto de arruïnarem sua eficácia social e normativa. Utilizando-se da tripartição feita por Kindermann<sup>8</sup>, Neves considera que o conteúdo de legislação simbólica pode ser utilizado em três ocasiões, sendo eles: para afirmar valores sociais, para demonstrar a capacidade de ação do Estado, e ainda, para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. (NEVES, 1994, pag. 32)

No caso de constitucionalização simbólica, que implica falta de autonomia operacional do Direito o problema não é de juridificação, mas, pelo contrário, é a juridificação da realidade constitucional. Uma vez que permite a entrada de influências que carecem de aplicabilidade prática, a constitucionalização simbólica escasseia efetividade e eficácia no que se refere à concretização das suas normas, servindo apenas para mascarar interesses sociais e/ou políticos, aos quais não consegue corresponder no âmbito efetivo de aplicação da norma na sociedade. (NEVES, 1994, pg. 144ss)

Neves discorre acerca do sentido positivo e negativo da constituição simbólica. Através dele, podemos dizer que o processo de constitucionalização simbólica se caracteriza,

---

<sup>8</sup> Kindermann, 1988:227. Analogamente, mas em uma posição ainda voluntarista, cf. Blankenburg, 1977:43.

negativamente, pela ausência de concretização do texto normativo constitucional, ao passo que “o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo juridicamente de forma generalizada. Parte-se aqui do pressuposto da metódica normativo estruturante (Müller) de que do texto normativo (...) não resulta nenhuma normatividade”. (NEVES, pag. 83).

No sentido positivo, por sua vez, podemos extrair a ideia de que, ainda que sob a ótica jurídica a constituição simbólica não obtenha concretização normativa de seu texto, ela possui um viés positivo, “na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico. Nesse sentido, ela exige um tratamento diferenciado das abordagens tradicionais referentes à "ineficácia" ou "não-realização" das normas constitucionais”. (NEVES, pag. 86ss). Quando demasiadamente infectada por um desses sentidos, a Constituição não gera na realidade expectativa de cumprimento, mas, pelo contrário, é subordinada aos outros sistemas que não seu próprio, como por exemplo, ao poder político.

No contexto da constitucionalização simbólica, esse fato exclui a capacidade do sistema jurídico se fechar cognitivamente. A alopoiese (ou carência na capacidade de auto reprodução) do sistema jurídico está inteiramente conexa à perda auto referencial do sistema jurídico, tendo como consequência a ineficácia e inaplicabilidade das normas que se apoiarem nessa conjuntura de reprodução sistemática, porém a constitucionalização simbólica não importa apenas a falta de auto referência consistente dos componentes do Direito. Envolve também o problema da adequada hetero referência do sistema jurídico. Por esse motivo, Neves defende um fechamento cognitivo do código lícito/ilícito, à medida que este se aparte de influências externas prejudiciais à autopoiese do sistema legal.

#### **4.2 A constitucionalização simbólica e a garantias aos direitos fundamentais**

Segundo a teoria proposta por Neves nesta obra, o Código do Direito deve ser definido, em última instância, pela Constituição, pois ela dispõe os critérios para limitar o lícito e ilícito. Assim, cada nova norma que pretenda adentrar ao direito deve obedecer a regra constitucional, qual seja, a licitude. Dessa forma, o sistema se reproduz de modo auto referencial, numa perspectiva de autonomia sistêmica, quando o direito se reproduz sem depender demasiadamente de fatores externos que ensejem a confecção de suas normas (autopoiese). Neste sentido, expressa que uma “legislação ilimitada, que tem como consequência a quebra da autopoiese do sistema jurídico, isto é, a alopoiese da reprodução da comunicação jurídica, opõe-

se à forma interna de hierarquização através da validade supralegal do Direito Constitucional”. (NEVES, pág. 66)

Não se trata, portanto, da atuação de vários planos isolados em relação a outros, mas sim de *tangled hierarchies*: sendo que a validade e o sentido do Direito Constitucional estão estritamente conectados à atividade legislativa e a aplicação concreta do Direito. A hierarquização interna da Constituição e da lei atuam como condição da reprodução autopoiética do Direito moderno, servindo, dessa forma, ao seu fechamento normativo, operacional. Nesse sentido, o autor utiliza das palavras de Luhmann para enfatizar que:

A Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado através do reingresso no sistema”. Dessa maneira, qualquer intervenção legiferante do sistema político no Direito é mediatizada por normas jurídicas. O sistema jurídico ganha com isso critérios para a aplicação do código /lícito/ilícito ao procedimento legislativo (NEVES, 1994, pg. 66)

Assim, embora sob o ponto de vista jurídico, a constitucionalização simbólica seja caracterizada negativamente pela ausência de concretização normativa do texto constitucional, ela também possui o sentido positivo, na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico. O que não deve ocorrer, entretanto, é que esse aporte político ideológico seja superior à realidade social na qual está inserida a lei. O legislador, quando mascara sua verdadeira intenção ao cunhar a norma, ou ignora os fatos que perpassam socialmente o contexto normativo, atua como um mero reproduzidor alopoético do direito. A alopoeise no processo de construção normativa resulta, por fim, na impraticabilidade da norma, tornando-a um mero instrumento de coação e doutrinação social.

#### 4.3 O estado de coisas inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é caracterizado pela situação na qual, dentro de um Estado Constitucional de Direito, sucedem massivas violações aos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais. São pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional:

A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são

necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos (CAMPOS, 2015)

Apresentado um quadro no qual os direitos garantidos pelo arcabouço legal encontram pouco ou nenhum respaldo no contexto fático da vida dos tutelados por essa normatividade, tais normas deixam de ser exigíveis no contexto social, ou, por conseguinte, tornam-se meros aparelhos de controle social, eivados de eficácia para atingir sua finalidade primária, evidenciando, dessa forma, um Estado no qual os direitos sociais são preteridos em face dos direitos individuais e privados. (PISARELLO, 2007, p.12).

#### 4.4 Precedentes de aplicação

O Estado de Coisas Inconstitucional surge na jurisprudência colombiana, em diversos julgados que reconheceram uma situação de inconstitucionalidade do sistema político/jurídico em virtude da ofensa aos direitos humanos pela ineficácia de políticas públicas e inaplicabilidade do texto constitucional pelo governo do país no tratamento dado aos professores e crianças do sistema público educacional.

A situação percussora para o reconhecimento deste estado foi a conjuntura precária na qual se encontrava a educação no país. A Suprema Corte, ao avaliar o caso demandado, entendeu que o desrespeito aos direitos fundamentais dos alunos e professores derivava, principalmente, de uma falta de tutela do poder público quanto às normas legais dispostas na Constituição do país. A decisão resolveu que

*Para el caso del conflicto entre el derecho de los niños a la educación y los derechos laborales de los educadores, es claro que debe darse precedencia al primero, pues la función del docente se orienta precisamente al servicio educativo a favor de los niños. Además, la misma Carta Política estableció una regla general para la resolución de los conflictos entre derechos cuando entre los derechos en pugna se encuentran los de los niños. En efecto, expresa de manera tajante que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Si bien esta norma no implica que en estos casos no se deba intentar armonizar los distintos derechos que colisionan, lo cierto es que sí señala una prioridad evidente para todas las situaciones de conflictos de derechos que se pueden presentar. (Sentencia n° SU-559, de 6 de noviembre de 1997)<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> “Para o caso do conflito entre o direito das crianças à educação e os direitos de trabalho dos educadores, é claro que deve dar-se precedência ao primeiro, pois a função do docente se orienta precisamente ao serviço educativo a favor das crianças. Ademais, a mesma Carta Política estabeleceu uma regra geral para a resolução dos conflitos de direitos quando os entre esses direitos em questão encontram-se os direitos das crianças. Com efeito, expressa-se de forma clara que ‘os direitos das crianças prevalecem sobre os direitos dos demais’. Se bem que esta norma não implica que nesses casos não se deva tentar harmonizar os diversos direitos que colidem, ao certo é que sinaliza uma prioridade evidente para todas as situações de conflitos de direitos que podem se apresentar” (Tradução livre).

Com efeito, o Estado de Coisas Inconstitucional se repete em diversas esferas nas quais o poder público, apesar de obter respaldo legal e econômico, se omite e se mantém inerte num quadro de transgressões, deixando de observar os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, agindo às margens do que se espera em relação às prerrogativas garantidas em seu sistema normativo. O Estado de Coisas Inconstitucional se vincula diretamente ao reflexo de um processo de Constitucionalização Simbólica. A incidência desse tipo de sistema normativo em determinado Estado pode explicar o fenômeno de ineficácia e ineficiência constitucional. Segundo Neves, a legislação simbólica “é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata "se-então" da "norma primária" e da "norma secundária" (programação condicional) não se concretiza regularmente”. (NEVES, 1994, p. 49).

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial acompanha a percepção de NEVES, conforme aferimos da seguinte decisão:

**A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA) – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno) (g.n.)**

Genuinamente, a Constitucionalização Simbólica apresenta características análogas às encontradas num Estado de Coisas Inconstitucional, uma vez que as normas vigentes no Estado Democrático de Direito se adequam à interesses políticos ou sociais, perdendo respaldo na realidade fática da nação. Deste modo, o texto legal passa a emanar normas “1) [...] destinadas à corroboração de determinado valor social; 2) [...] como fórmula de compromisso dilatatório” ou como “3) constitucionalização-álibi” (NEVES, 1994, p. 92). Com efeito, a existência desse tipo de Constitucionalização resulta num estado em que as normas jurídicas se tornam ineficazes e ineficientes, e as garantias descritas em lei encontram pouca ou nenhuma aplicabilidade na sociedade.

A partir de todo exposto até o momento, não seria desarrazoado aventar que o sistema carcerário brasileiro pode ser entendido como um sublime exemplo de inadequação factual-normativa, por ser aquele no qual se observa com nitidez as discrepâncias entre lei e realidade, principalmente em relação às prerrogativas conferidas aos apenados, bem como aos direitos dirigidos à população marginalizada na sociedade. Outrossim, encontra-se um quadro de ineficácia não apenas no tocante às normas internas de direito, mas, igualmente, às normas internacionais de direitos humanos pelas quais o Estado se obrigou em caráter supralegal, fato último que perpetua, ainda mais gravemente, a inadequação entre teoria e prática normativa.

## CAPÍTULO IV

### 5. TEORIA DA PENA E O CÁRCERE NO BRASIL

O direito penal consiste no conjunto de normas jurídicas que atuam para orientar o ordenamento social e estabelecer quais condutas oferecem risco aos bens essencialmente relevantes. Porém, muito embora o sistema penal seja um meio efetivo para coibir determinadas ações individuais no contexto social, existem outros instrumentos capazes de repreender uma conduta desviante. Assim, pressupõe-se ao direito penal o dever de atuar quando nenhum outro meio coercitivo conseguir alcançar a punibilidade justa e razoável do indivíduo. Desse modo, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, o último meio utilizado pelo Estado para sanção de um desvio particular de conduta. Para tanto, ele deve ser aplicado subsidiariamente a outros instrumentos e instituições capazes de agir de forma sistemática ao controle social e a coibição de atos considerados perniciosos ao convívio social (BITTENCOURT, pág. 35)

Segundo Durkheim<sup>10</sup>, a criminalidade é um fenômeno social. O Brasil, por sua vez, é um Estado Democrático Direito que pretende firmar o respeito às liberdades civis, direitos humanos e demais garantias fundamentais. De tal modo, todas as instituições detentoras poder normativo se obrigam a seguir os preceitos humanitários e democráticos dispostos no texto legal, sendo que o descumprimento a tais regras implica numa explícita desobediência aos

---

<sup>10</sup> Tese de Émile Durkheim sobre a normalidade e funcionalidade do crime. Segundo o sociólogo “Não há dúvida de que quando a ela me conformo de boa vontade, esta coerção não se faz, ou faz-se pouco sentir, por inútil. Porém, não é por isso uma característica menos intrínseca de tais fatos, e a prova é que ela se afirma logo que eu procuro resistir. Caso tento violar as regras do direito, elas reagem contra mim de modo a impedir meu ato, se ainda for possível, ou a anulá-lo e a restabelecê-lo sob a sua forma normal, se já executado e reparável, ou a fazer-me expiá-lo se não houver outra forma de reparação. E caso trate de máximas puramente morais? A consciência pública reprime todos os atos que as ofendam através da vigilância que exerce sobre o comportamento dos cidadãos e das penas especiais de que dispõe”. DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. Tradução de Pietro Nasseti- Ed. Martin Claretto – São Paulo, 2007. pág. 40

princípios que norteiam a legislação e a Carta Magna Brasileira. Apesar disso, a atual conjectura carcerária nacional expõe diversas violações à Constituição Federal e um descompasso sistemático do texto penal com relação à efetivação de normas simples no sistema.

### 5.1 Fundamentos, finalidade e espécies de penas existentes no ordenamento jurídico brasileiro

Segundo a doutrina, existem diversas formas de classificar as penas de acordo com o grau de punibilidade pretendido. O que importa, por fim, é alcançar seu fim de sanção ante uma conduta ilícita, antijurídica e culpável. A pena constitui o veículo pelo qual o Estado tutela as condutas singulares de grande potencial ofensivo às liberdades coletivas, individuais ou sociais. Dessa forma, a pena pode possuir tanto uma natureza sancionatória, ou corretiva e coercitiva, porém, busca evitar a repetição dos atos que ensejaram a atuação-sanção do Estado. Nesse sentido

A justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - última *ratio legis*, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. (...) O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa. (PRADO, 2005, pág. 567)

Considerando a corrente doutrinária majoritária, que afirma que o Brasil adota a teoria mista da pena, a sanção estatal objetiva não apenas punir o delinquente, cerceando-lhe direitos legalmente conferidos, mas também, inseri-lo novamente no convívio, prevenindo, através da sanção, que se repita a conduta que ensejou a aplicação da pena. Nesse sentido, a pena deve alcançar não só aquele que cometeu o delito, como também o terceiro, que se sentirá coibido em seus atos por receio de ter, igualmente, seus direitos privados ao cometer a mesma conduta. Nesse sentido, entende-se que a pena tem um caráter de retribuição pela má conduta do agente, e moral, pois tem por finalidade não só a prevenção, mas um misto de educação e correção do indivíduo. (MIRABETE, 2005, pág. 245)

Para tanto, as leis penais trazem um arcabouço de normas que devem reger o sistema penal. O Código Penal utiliza um de seus títulos especialmente para arrolar os tipos de pena, sua aplicação, seus efeitos e ainda, as possibilidades de reabilitação do apenado. O Título V do referido código divide as penas em três tipos, quais sejam, as penas privativas de liberdade, as

restritivas de direito, e as multas. É importante salientar, neste ponto, que as condições propostas para os indivíduos que forem restringidos em sua liberdade devem cercear apenas seu direito de ir e vir, como podemos extrair da leitura do artigo 38 do CP, segundo o qual “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

O tema também é tratado pela Constituição, que garante expressamente o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, LXII), além do cumprimento da pena em estabelecimento específico, observando a natureza do delito, a idade e o sexo do (a) apenado (a) (art. XLVII, CF/88). O princípio da humanidade das penas encontra-se resguardado pelo art. 5º da Carta da República. Há outros direitos fundamentais garantidos aos presos, mas é possível afirmar que as prerrogativas básicas dirigidas a eles na Constituição garantem que

- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) 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

Como demonstrado, os direitos dirigidos à pessoa que se encontrar privada de sua liberdade tem largo espectro legal de proteção, e estão consubstanciadas não apenas em regras e normas positivas do ordenamento jurídico infraconstitucional, como também são resguardadas pelos mais respeitáveis princípios derivados da condição humana, como o princípio da dignidade do homem, da reserva legal, da proporcionalidade da lei e da vedação ao tratamento cruel, da anterioridade, além de direitos veiculados por documentos internacionais de várias ordens.

Para fiscalização da condição dos encarcerados, vale lembrar que a Lei de Execução Penal (LEP) resguarda a obrigação que os juízes tem de zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança e de inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade, podendo interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da lei. (LEP, art. 66, VII e VIII).

A realidade da população carcerária, entretanto, se distancia muito dos direitos resguardados aos presos. Em reportagem realizada por Talita Bedinelli para o jornal argentino El País, um funcionário do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado no Maranhão, que

prefere não ser identificado por questões de segurança, relatou as condições insalubres nas quais os detentos vivem, noticiando um estado no qual

Os presos não fazem nada. A vida deles é dormir, usar droga e comer. Nada mais. As celas são superlotadas, muitas não têm mais portões e os presos ficam soltos pelos corredores. Há uma falta de água crônica. Eles têm muitas doenças... doença de pele, hanseníase, tuberculose. É tudo muito sujo, cheio de ratos, baratas. O maior torturador hoje é o próprio Estado. Mas a ausência do Estado causa a proliferação da violência. (BEDINELLI, Jornal El País, 2014)

A conjuntura apresentada no Complexo de Pedrinhas não é uma exceção e se repete em todo país, revelando uma violação sistêmica aos direitos fundamentais, como a vedação ao tratamento desumano, aos direitos à saúde, ao trabalho e à segurança dos presos, isso para enumerar apenas alguns dos direitos violados. Essa situação caracteriza-se, principalmente, pela ineficiência do Estado ao tutelar o direito das minorias e por sua inércia perante cenários degradantes nos quais se perpetuam abusos à determinada camada da população.

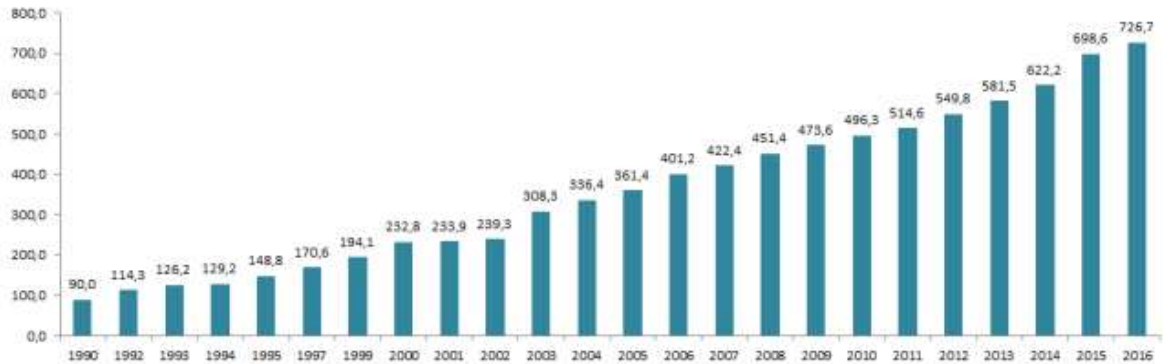
## 5.2 Sistema carcerário em números

A população carcerária brasileira está entre as três maiores do mundo, sendo que em junho de 2016, o número total de presos custodiados pelo Estado somava exorbitantes 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) pessoas. Com esses números, o Brasil passou a ter o terceiro maior índice de pessoas presas no globo terrestre.(INFOPEN, 2016).

Em comparação ao número de pessoas encarceradas no Sistema Penitenciário no ano de 2014 – 579.781 (quinhentos e setenta e nove mil, setecentos e oitenta e um) (INFOPEN, 2014), houve um aumento de 149.931 (cento e quarenta e nove mil, novecentos e trinta e um presos, em apenas dois anos. Em análise comparativa ao início da década de 1990, houve um aumento de 707% na taxa de encarceramento no país, passando de 90.000 (noventa mil) no

ano de 1990, para mais de 726 mil presos no ano de 2016, conforme demonstra-se no gráfico:

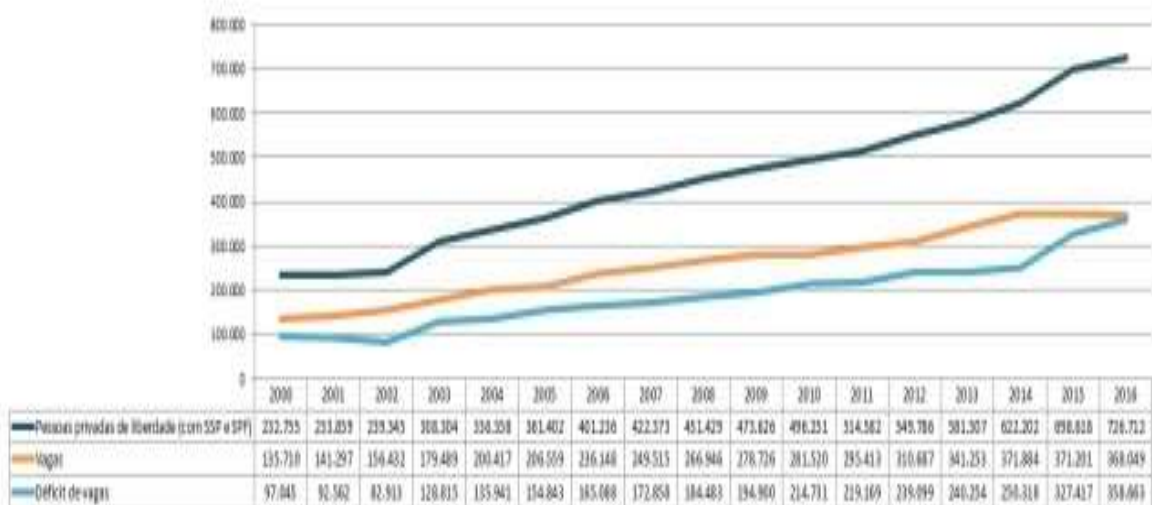
**Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016<sup>12</sup>**



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

Dados apontados pela pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça evidenciam aumento da população carcerária em números gerais, demonstrando que o Brasil possui hoje um déficit de pelo menos 358.663 vagas nos estabelecimentos prisionais do país. O compilado demonstra superlotação em **todas as unidades da federação**, fazendo o país atingir uma média de duas vezes a mais de presos do que comportaria em seu sistema. Os números são referentes aos meses de dezembro de 2015 e junho de 2016. Segundo a pesquisa dentre o número de presos, pelo menos 40% são presos provisórios, dos quais 47% ultrapassam 90 dias em regime de prisão provisória. O estado de São Paulo é um exemplo claro da superlotação, contando com 108.902 presos além de sua capacidade na data da pesquisa. .

**Gráfico 11. Evolução da população prisional, vagas e déficit de vagas entre 2000 e 2016<sup>20</sup>**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

Um levantamento feito pelo sítio eletrônico G1 no ano de 2015 demonstrou que embora tenham sido acrescidas vagas 23,4 mil ao sistema, foram presas pelo menos de 52,2 mil pessoas no mesmo período, como resultado, a superlotação aumentou de 65,8% para 69,2%. (VELASCO, D'AGOSTINO, REIS, jan. 2017). Para o especialista em ciências políticas entrevistado pela equipe do jornal, o professor Frederico de Almeida (PORTAL G1, 2017) da UNICAMP, “o grande erro é pensar que o problema da superlotação é resolvido com a construção de mais presídios”. “Só construir cria bases para lotá-los em algum momento”. Segundo ele o governo Temer utiliza-se das verbas destinadas para o FUNPEN no empreendimento de políticas de repressão, o que por si só comina em mais presos em um sistema que já se encontra superlotado.

Notada a situação desumana do sistema, a crítica não deixa de se estender ao plano nacional de segurança elaborado pelo governo federal, exposto na primeira semana de janeiro de 2017, pelo ministro da justiça e braço direito do governo de Michel Temer, Alexandre de Moraes. A política de segurança se concentra em três eixos principais: a redução dos crimes de homicídio, violência contra a mulher; o combate ao crime organizado, com foco no tráfico de drogas e de armas; e a modernização e racionalização de presídios, deixando de focar em crimes de maior potencial ofensivo, como os homicídios, que tem uma taxa jocosa de resolução de meros 8% em todo o país. (VELASCO, D'AGOSTINO, REIS, jan. 2017)

O tráfico de drogas é a principal causa de novas prisões no país. Com o endurecimento da lei de drogas (Lei 11.343/06) a superlotação das penitenciárias do país tem alcançado patamares maiores cada vez mais rápido, sendo que antes da sua entrada em vigor, a porcentagem de presos por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes era de 10%, e hoje, o mesmo crime é responsável pela prisão de aproximadamente 26% dos homens e 62% das mulheres que integram sistema.

**Figura 6. Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal**



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

Vale dizer, a respeito dessa lei, que a população diretamente atingida pelo encarceramento em massa é a população majoritariamente negra, pobre e provinda das periferias. A cultura brasileira, quando fala em drogas, enxerga como criminoso somente quem não puder justificar-se como usuário ante aos padrões brancos e participantes das classes médias e alta do país, o que corrobora para um desnivelamento nos níveis de aprisionamento da população negra, que representa aproximadamente 472 mil de todos os presos no país.

**Figura 4. Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015.

### 5.3 Situação de calamidade: apenas um exemplo brasileiro

A casa de detenção José Mário Alves da Silva, também conhecida como presídio do Urso Branco foi palco, no mês de abril de 2004, de uma das mais sangrentas e caóticas rebeliões já vistas em solo nacional. Na ocasião, pelo menos 300 pessoas foram feitas de reféns pelos presos. Os reféns eram em sua maioria as mães e esposas que visitavam os detentos. Essa rebelião, foi feita por uma facção que detinha poder dentro do presídio, contudo, tal movimento gerou o descontentamento dos demais presos, que iniciaram uma nova rebelião. Os rebelados assassinaram 27 presos, com requintes de crueldade, a socos, pontapés, jogando-os de cima das caixas d'água na frente de seus parentes, e utilizando armas rudimentares.

Após quatro dias de rebelião, e ainda com pelo menos 170 pessoas feitas de reféns, o Estado decidiu interromper o fornecimento de água e alimentação ao presídio, o que culminou em mais violência por parte dos rebelados, que passaram a degolar outros detentos e exibir suas cabeças nos telhado. Devido a escassez de comida, os presos e reféns tiveram ainda que se alimentar dos gatos que viviam no presídio. A rebelião durou até o dia 22 de abril, quando o governo de Rondônia assegurou aos detentos que se comprometeria a atender às reivindicações dos amotinados no Complexo do Urso Branco, garantindo a eles que, após o retorno da normalidade no presídio, eles teriam direito à integridade física e moral conforme determina a Constituição Federal.

O documento elaborado pela Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho evidencia as reivindicações dos presos. Os pedidos geram uma certa incredulidade porque requerem coisas tão básicas quanto simples, sendo que as solicitações se resumem à:

- 1 – Saída da direção da unidade; (Segundo determinação do Sr. Secretário de Segurança Pública, o diretor atual da Unidade Prisional foi afastado);
- 2 – **Visita das crianças**; (o juiz da Vara de Execuções Penais informou que a avaliação sobre a possibilidade do pedido será realizada pelos Juízos da Infância e Juventude e Execuções Penais);
- 3 – **Respeito com as visitas**; (foi determinado pelo secretário de Segurança Pública o retorno das visitas para sábados e domingos. Qualquer caso de abuso ou excesso no tratamento dos visitantes será passado para o Promotor de Justiça da Vara de Execuções Penais);
- 4 – Queremos nossa **enfermaria**; (a enfermaria funcionará de segunda a sexta-feira, sendo oferecido tratamento odontológico às terças e quintas, na parte da manhã. Caso seja necessário a reconstrução da enfermaria as providências acima ficarão condicionadas a recuperação das instalações);
- 5 – **Benefícios dos irmãos que estão com pena vencida**; (O juiz da Execução Penal, que responderá aos presos até o dia 26/04/2004 – segunda feira).
- 6 – Queremos um **assistente jurídico para presos que não tem advogado**; (já existe determinação por escrito do Defensor Geral do Estado designando um defensor público especificamente para o trabalho de assistência judiciária na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva).

- 7 – Queremos **nosso espaço na igreja**; (Ficou definido que os pastores Maicon Borges Ferreira e Antônio Marcos Pio Machado serão responsáveis pela retomada da utilização do espaço na igreja);
- 8 – Queremos **a manutenção da rede de energia e água**; (Tal providência será realizada após a avaliação do estado das dependências do estabelecimento penal. O material para reforma da linha de luz foi adquirido);
- 9 – Queremos **que deixe entrar os nossos remédios que as visitas trazem**; (A autoridade administrativa baixará determinação elencando os remédios permitidos e os que dependem de autorização médica)
- 10 – Queremos uma **melhora da nossa alimentação**; (O secretário de Segurança Pública providenciará avaliação técnica semanal por nutricionista quanto à qualidade e quanto à quantidade servida a cada detento);
- 11 – Nós **queremos um orelhão**; (concomitantemente a restauração do estabelecimento penal, a administração se comprometeu a instalar 01 (um) orelhão na área do convívio, monitorando-se o uso pela administração)
- 12 – Nós queremos uma comissão da nossa própria visita para acompanhar o retorno às celas; (Será autorizado o acompanhamento do retorno às celas por 10 (dez) visitantes)
- 13 – Queremos **banho de sol duas vezes por semana**; (Foi determinado o banho de sol duas vezes por semana, podendo avançar, com a reforma do estabelecimento penal, para o banho de sol diário)
- 14 – Queremos **trabalho e possibilidade de remição de pena**; (Independente das providências da administração, o Departamento Penitenciário Nacional providenciaria convênio contemplando o estabelecimento penal José Mário Alves da Silva com trabalho para os presos);
- 15 – Queremos **espaço para cela livre**; (A administração providenciará a separação dos presos do seguro dos presos do convívio. No caso de inexistência de funcionários para servir alimentação, serão utilizados presos do próprio convívio para essa tarefa)
- 16 – Queremos o **repasso mensal de material higiênico para uso diário**; (a administração providenciará determinação por escrito sobre a possibilidade dos objetos que possam ser trazidos pelos familiares (Jumbo) e também viabilizará o material higiênico para uso diário);
- 17 – Queremos liberação de **roupa e calçado para uso interno**; (a administração providenciará determinação por escrito viabilizando a utilização deste material)
- 18 – Queremos a diminuição da superlotação carcerária; (O pleito será avaliado pela Supen e Juízo de Execuções Penais);
- 19 – Queremos **um freezer para cada Ala**; (a administração verificará a viabilidade de autorização de um freezer por ala);
- 20 – Queremos o retorno dos presos do presídio de Nova Mamoré; (O Juízo de execuções penais avaliará todos os pedidos encaminhados pelos presos ou familiares daqueles que foram transferidos para o presídio de Nova Mamoré);
- 21 – Queremos **fazer uso de bermudas e chinelos nos dias de visita**; (a administração não verifica qualquer inconveniente nessa postura e deverá autorizar o pedido);
- 22 – Todas as relações encaminhadas pelo grupo de presos que negociaram serão repassadas para o Juízo de Execuções Penais para que seja verificada a viabilidade de atendimento.
- (Relatório da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e Justiça Global, outubro de 2007, p. 23) (g.n.)

A situação no complexo penitenciário fez com o Brasil fosse levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. É importante ressaltar que, já em 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos observava a situação do presídio, em razão da superlotação e das rebeliões violentas. Naquele mesmo ano, após o Brasil não cumprir as determinações cautelares impostas pela Comissão, a CIDH impôs que o governo brasileiro adotasse as medidas necessárias para:

Proteger a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na prisão Urso Branco, sendo uma delas o confisco de armas que se encontrem em poder dos internos. Investigar os fatos que motivam a adoção de medidas provisórias com o fim de identificar os responsáveis e impor as sanções correspondentes.

Requerer ao Estado que, com o objetivo de proteger a vida e integridade pessoal dos reclusos da Prisão Urso Branco, ajuste as condições da prisão às normas internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis à matéria, de conformidade com o estipulado no ponto décimo da [...] Resolução. (CIDH, 2002)

Claramente, o governo de Rondônia e o Estado brasileiro não cumpriram com os termos impostos pela Corte Interamericana, descumprindo, mais uma vez, além da própria Constituição do país, uma sanção internacional pela qual se vinculou livremente. O Complexo Prisional do Urso Branco não caracteriza simplesmente um dos polos no qual presenciamos o Estado de Coisas Inconstitucional do direito brasileiro, mas uma verdadeira pintura das câmaras de tortura medievais, onde pessoas são assassinadas e têm os pedaços de seus corpos expostos em rede nacional, vivem em condições sub-humanas e chegam ao extremo de se alimentarem dos animais com os quais convivem, tudo isso por uma total falta de tutela estatal de seus direitos.

#### 5.4 Para o supremo

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 de setembro de 2015 discute a sistêmica e generalizada violação dos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro. A discussão travada no Supremo Tribunal Federal aponta como reiterada inércia e persistente incapacidade de as autoridades públicas modificarem a conjuntura do sistema prisional.

Se remetido à tese de Neves, não é difícil demonstrar como o cárcere no Brasil representa o reflexo de uma Constituição ineficiente e ineficaz, eis que não é levada à prática, pelo menos no que se refere ao cumprimento dos direitos dos presos. Isto porque são reiteradas as violações à diversos direitos fundamentais dispostos constitucionalmente, como a dignidade da pessoa humana, a vedação à tortura e ao tratamento desumano, o direito de acesso à justiça, bem como dos direitos sociais à saúde, ao trabalho e à segurança dos presos, segundo os artigos 1º, inciso III, art. 5º, inciso III e XLVII, alínea “e”, art. 5º inciso XLIX e LVII da Carta Magna.

Há de ser dizer ainda das violações constantes aos tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Art. 10: toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.) e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (CIDH, 1969, art. 5º)

A arguição demonstra igualmente o desvio de finalidade ocorrido na destinação das verbas no Fundo Penitenciário, que não é repassado corretamente aos presídios e às famílias dos presos. O FunPen (Fundo Penitenciário Nacional) consiste na reserva monetária destinada à transferência voluntária de verbas ao sistema carcerário. Foi criado pela Lei Complementar 79/1994, e tem por finalidade a arrecadação e distribuição de recursos para financiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro e não decorre de obrigação constitucional, sendo sua dotação orçamentária obtida através do *superavit* primário contingenciável do Governo federal, obedecendo as regras do artigo 9º da Lei Complementar 101/00.

Conquanto haja verba destinada diretamente ao sistema carcerário, discute-se as condições endêmicas das penitenciárias, nas quais se misturam presos de vários graus de periculosidade em celas superlotadas, sem a menor condição de saneamento básico e saúde. Em documentários<sup>11</sup> realizados por diversos órgãos e entidades vinculadas à proteção dos direitos humanos, é mostrada a calamitosa situação dos presos que se revezam para dormir, dividindo o espaço com um número exponencialmente maior do que a cela comporta, sendo infectados por doenças causadas ou pioradas pelas condições do cárcere, onde podem conviver e subsistir homens, mulheres, roedores, baratas, inúmeros pernilongos, sarna, além de estarem constantemente expostos à contaminação por doenças sexualmente transmissíveis.

A decisão demonstra como a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional permite ao juiz constitucional “impor aos poderes públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação” (ADPF 347/15, pg. 12). Os dados alarmantes trazidos pelo Acórdão demonstram que o Brasil já possuía em 2015, pelo menos, a quarta maior população carcerária

---

<sup>11</sup> Há uma vasta lista de documentários nacionais que tratam sobre a questão do cárcere e a violação de Direitos Humanos. Dentre eles, podemos citar o Prisioneiro da Grade de Ferro, de 2003 (disponível em <https://youtu.be/2Oap5lUSp6w>), o Sem Pena, de 2014 (disponível em <https://youtu.be/2pctKmjMigQ>) e o Tortura e Encarceramento em massa no Brasil, de 2015 (disponível em: < [https://youtu.be/khplZUIRD\\_8](https://youtu.be/khplZUIRD_8)> )

do mundo, tendo crescido mais de 650% em 25 anos. A taxa de reincidência, segundo dados oferecidos pelo sistema é de 70%, sendo que pelo menos 41% dos presos encontram-se no regime de prisão provisória.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso

O sujeito sai para um furto, mas ele se torna, por exemplo, um homicida, porque o desespero de não ingressar no sistema faz com que ele muitas vezes se torne um criminoso mais perigoso. Então, essa é a primeira observação que eu faria para esse diálogo com a sociedade. Não estamos apenas cuidando de direitos fundamentais de uma minoria; estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira.(ADPF 347, 2015)

A opinião do Min. Teori Zavascki, por sua vez, demonstra a precariedade do aparato prisional, no qual, segundo ele os presos “cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições impostas pelo sistema normativo), como também humanamente ultrajantes, porque não respeitam um padrão mínimo de dignidade” (ADPF 347, 2015).

Em janeiro deste ano, ou seja, quase dois anos após a decisão exposta, ocorreu, no estado do Amazonas a segunda e mais violenta rebelião já vista na história do Brasil desde 1992, quando se deu o massacre do Carandiru, em São Paulo. Na ocasião, presenciada no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, os presos altamente armados com pistolas e facas se rebelaram e mantiveram um estado de terror dentro do presídio que perdurou por 16 horas e culminou na fuga de 112 detentos e na morte de outros 56<sup>12</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história dos direitos fundamentais está estritamente vinculada ao processo de constitucionalização dos Estados, assim como a carga histórica de um Estado está nitidamente refletida em sua realidade. Ao analisarmos a história de um país, observando seu processo de colonização, o perfil dos governantes, a forma de governo e, principalmente, a tolerância da sociedade em face dos abusos do poder estatal, pela qual é possível entender os caminhos percorridos pelo ordenamento jurídico e sua efetividade (ou a carência dela), no plano social.

O arcabouço legal brasileiro parece ter evoluído de maneira satisfatória ao longo dos anos, uma vez que é possível encontrar nos textos normativos e principalmente, na Constituição, uma vasta gama de garantias e direitos dirigidos ao cidadão, capaz de confortar qualquer

---

<sup>12</sup> Reportagem completa disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/rebeliao-em-presidio-do-amazonas-deixa-mais-de-50-mortos.html>. Acesso em 12/11/2017

jurisconsulto que examine o ordenamento jurídico pátrio, impondo, igualmente, deveres e garantias inalienáveis ao Estado.

No Brasil, porém, trilhamos um caminho de extensa tolerância aos descomedimentos dos governantes, desde o processo de colonização, até os dias atuais, em que os chefes de Estado e detentores do poder político se valem de seus cargos para obter vantagens pessoais em detrimento dos direitos da coletividade. O que ocorre no país é uma clara inadequação fática da realidade social aos termos expressos pelas leis.

Dessa forma, embora o sistema normativo esteja repleto de bons exemplos sobre a procedimento coletivo que deveria conduzir a atuação dos detentores do poder, exprimindo com bastante clareza a maneira pela qual o Estado deve agir ao exercer suas atividades, o que se vê é um sistema legal e jurídico que serve para perpetuar abusos e garantias de uma pequena camada da população, enquanto a outra, maior e inquestionavelmente mais vulnerável, fica à mercê dessa forma nefasta de governo.

Se realmente aplicadas, as normas Constitucionais seriam capazes de suprimir as razões primárias que guiaram o presente trabalho. A tese de Marcelo Neves data hoje 23 anos de existência, e, há duas décadas, já demonstrava a existência, no Brasil, do que veio a se tornar um “Estado de Coisas Inconstitucional”, fazendo da Constituição uma “legislação-álibi” que serve para interesses aquém de seus tutelados, destacado aqui pela situação de um sistema carcerário normativamente ineficaz.

Já em 1999, Löic Wacquant utilizava do estado precário dos presídios do país para demonstrar tal inadequação fática, ao descrever que os estabelecimentos carcerários brasileiros

(...) padecem de doenças que lembram os calabouços feudais. Seus prédios são tipicamente decrepitos e insalubres, com concreto desmoronando por toda parte, pintura descascando, encanamento deficiente e instalações elétricas defeituosas, com água de esgoto correndo pelo chão ou caindo pelas paredes – o fedor dos dejetos era tão forte na cadeia “modelo” de Lemos de Brito (Rio de Janeiro) na primavera de 2001 que um dos bens mais apreciados pelos presos era o desinfetante perfumado que borrifavam em suas celas na tentativa de combater a sufocante pestilência. A extrema ruína física e a grotesca superlotação criam condições de vida abomináveis e uma situação catastrófica em termos de higiene, diante do total falta de espaço, ar, luz, água e muitas vezes comida. (WACQUANT, 2001, p.208).

A falta de interesse público faz com que, com o passar dos anos, a situação dos presídios se agrave cada vez mais, tornando-os cada dia mais lotados, desumanos e ineficazes para a recuperação e ressocialização dos detentos. O sistema carcerário brasileiro é, indiscutivelmente, um dos maiores violadores de direitos fundamentais e dos pressupostos de um Estado Democrático de Direito, que se autointitula positivador das normas de direitos humanos.

Da forma que se apresenta às camadas mais pobres da população, a Constituição da República parece possuir um caráter meramente simbólico, gerando, em vários aspectos, um generalizado Estado de Coisas Inconstitucional.

## 7. CONCLUSÃO

Ao iniciar a pesquisa, em meados do ano de 2015, procurava entender o sistema carcerário brasileiro, buscando, primeiramente, as razões pelas quais os presos enfrentam uma situação tão degradante para que ao fim pudesse propor uma solução inovadora que apontasse um único norte a ser seguido. Dois anos de pesquisa, no entanto, foram insuficientes para alcançar este objetivo.

Quando tomada a decisão para adentrar ao tema, a notícia da decisão da ADPF 347 fazia brilhar os olhos, e a hipótese de uma eventual melhora no sistema dava folego à comprovação de que, no Brasil, vivemos sob a égide de uma Constituição Simbólica. Admitido pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário resguardou as medidas a serem tomadas pelos entes da federação e fazia parecer que, em pouco tempo, pequenas precauções como a destinação correta do fundo penitenciário e revisão de sentenças e da progressão de regime de presos seria suficiente para o desafogamento do sistema.

Atualmente, e, talvez mais do que nunca, a compreensão de que o sistema carcerário é apenas a ponta de um *iceberg* chamado Constitucionalização Simbólica gera certa angústia. Antes, supunha que a situação dos presídios não era enxergada pela doutrina, pela jurisprudência, pelos autores e pela própria sociedade. Hoje, enxergo que o problema não está na falta de expressão de quão desumana é a realidade encarada pelos presos, nem, tão pouco, no desinteresse dos juristas pelo assunto, que é reiteradamente discutido nas mesas dos estudiosos, mas na própria sociedade, que, livre desse sistema, prefere ignorá-lo e esquecer quem por azar a ele adentrar.

A desestruturação dos sistemas legislativo, judiciário e executivo leva à uma realidade cada vez mais excludente e doentia. Doentia porque a sociedade não enxerga, por trás dos muros e cercas elétricas que os grandes delinquentes do país estão fora das grades. Doente porque permite que quem já nasce com pouca sorte, nas periferias, perpetue sua condição e seja cada vez mais excluído, colocando essas pessoas cada vez mais às margens sociais (talvez, daí a origem do termo marginalizado). Doente, por fim, porque conhece o caminho a seguir para restaurar-se, mas escolhe, dia após dia, perpetuar e dar forças à um Estado estamental e

patriarcal, em que, 500 anos após a colonização, ainda permite a regência dos mesmos caricatos sociais.

Portanto, é sim com certa angústia que chegamos a esse ponto. Mas igualmente, com uma enorme esperança de que o que já foi visto não seja esquecido, mas sirva de molde para a construção, ao contrário, de um estado simbólico de inconstitucionalidade.

Encerro, portanto, com as palavras de Beccaria:

O rigor do castigo causa menos efeito sobre o espírito humano do que a duração da pena, porque a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetada por uma impressão ligeira, mas frequente, do que por um abalo violento, mas passageiro. Todo ser sensível está submetido ao império do hábito; e, como é este que ensina o homem a falar, a andar, a satisfazer suas necessidades, é também ele que grava no coração do homem as ideias de moral por impressões repetidas [...]. Quereis prevenir os crimes? Marche liberdade acompanhada das luzes [...]. Se oferecerem luzes ao povo, a ignorância e a calúnia desaparecerão diante delas, a autoridade injusta tremerá, só as leis permanecerão inabaláveis, todo-poderosas; e o homem esclarecido amará uma legislação cujas vantagens são evidentes, uma vez conhecidos seus dispositivos, e que dá bases sólidas à segurança pública. (BECCARIA, pg. 51 e 100)

A esperança “e a crença de que o direito pode e deve auxiliar para a construção de uma sociedade mais justa, mais humana, mais fraterna e, certamente, mais dialógica, na qual os incluídos e excluídos sejam ouvidos em igualdade de condições, nos manterá unidos para a busca de soluções compartilhadas, jurídica e eticamente orientadas” (CARDOSO, 2017). Como bem colocado por Herman Hesse, “minha história é, no entanto, para mim, mais importante do que a de qualquer poeta é para ele, pois é a minha própria história, e é a história de um homem – não de um personagem inventado, possível ou inexistente em qualquer outra forma, mas a de um homem real, único e vivo”. A perspectiva de que cada homem veja, em todos os outros homens, a sua própria história, é o que nos moverá além. .

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316> . Acesso em 06/11/2017.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul/set. 1999.

ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. Traducción de María Cecilia Añaños Meza. Derechos y libertades, n. 8, 2000

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 1986. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2º ed., 4º tiragem. 2015. Editora Malheiros, São Paulo/SP.

BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? - Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos humanos. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 29

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1 - 21ª Ed. 2015. Saraiva.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do

Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília/DF. Junho de 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Mulheres. Departamento Penitenciário Nacional. Junho de 201. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Mulheres, pag. 08. Departamento Penitenciário Nacional. Junho de 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>.

CAVALCANTE FILHO. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_tr\\_inadade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_tr_inadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf) Acesso em: 01/011/2017

CALÓGERAS, J. Pandiá. Formação histórica do Brasil. 7ª ed., 1972. Companhia Editora Nacional. São Paulo-SP.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 23 de novembro de 2017.

CIDH. Resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Acesso em 15/11/2017. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2002port/cap.3d.htm>>

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

BONAVIDES, Paulo. Reflexões; política e direito. 2 ed. Fortaleza: Imprensa Universitária.

HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Traducción de Javier Aguirre Román. Diánoia, v. LV, n. 64, 2010

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26 ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. O Brasil Monárquico: o processo de emancipação. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1976.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Visão do Paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e exploração do Brasil. 6ª ed. São Paulo : Brasiliense, 2007.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 2, 2007, p. 12

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. Tradução de Pietro Nassetti-Ed. Martin Claretto – São Paulo, 2007.

FERNANDEZ, Eusébio. Teoria de La Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Debate, 19847. Pág. 108 e 109.

G1: Portal Eletrônico da Rede Globo de Notícias. Reportagem de Clara Velasco, Rosanne D'Agostino e Thiago Reis. Levantamento do G1 mostra que há hoje 668,2 mil presos para 394,8 mil vagas, uma superlotação de 69,2%, mais alta que em 2015. Percentual de presos provisórios caiu. Atualizado 06/01/2017. Disponível em: <

<https://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotacao-em-presidios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghtml>>. Acesso em 09/11/17.

LUSTOSA, Isabel. Perfis Brasileiros - D. Pedro I. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIMA, Manuel de Oliveira. O Império Brasileiro. São Paulo: USP, 1989.

MENDES, Gilmar. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 11º ed. Editora Saraiva – São Paulo. Pag. 137ss.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 22º edição, São Paulo, editora Atlas, 2005.

MONTENEGRO, Manuel. Site do Conselho Nacional de Justiça. 12 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 18 de junho de 2016.

NASCIMENTO, Elisa (org.): Sankofa: resgate da cultura afro-brasileira. volume 1. Rio de Janeiro, 1994, p. 83 e 84.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1965. V.4. P.373.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Biblioteca de direito público-livraria Acadêmica: São Paulo -SP. 1994.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviafã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo : Martins Fortes, 2006.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción. P. 12. Madrid: Trotta, 2007.

PRADO, Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, 5º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 567.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SCANTIMBURGO, João de. O Poder Moderador. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1980

TAVARES, André Ramos Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

WACQUANT, Löic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.