ISSN: 2317-1308

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

Juliette Fratelli Achiamé

Recebido em 19/05/2018
Aceito em 18/09/2018

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de analisar a violação dos direitos humanos nas penitenciárias brasileira em razão do tratamento desumano e degradante gerados por causa da superlotação dos presídios. O STF julgou o Recurso Extraordinário nº 580.252, reconhecendo a atual situação prisional do Brasil e o estado de coisas inconstitucional em que se encontram. O trabalho abordou, inicialmente, os direitos humanos e as garantias mínimas previstas nas Declarações da ONU para as pessoas privadas de sua liberdade pelo Estado, neste momento, questionou-se também se as regras de *soft Law* conhecidas como: 'Regras de Mandela', 'Regras de Tóquio' e 'Regras de Bangkok' geram obrigações vinculantes para os Estados-Membros da ONU, como Brasil. Em seguida, o trabalho procurou confrontar esses direitos dos presos com a situação carcerária brasileira, especialmente em relação a assistência a saúde, a educação e o trabalho dos presos. Por fim, abordou-se a questão da indenização concedida pelo Supremo Tribunal Federal em favor dos presos sujeitos a estas condições atentatórias a dignidade humana. Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, à luz do referencial positivista e pós-positivista, que resultou num estudo descritivo, porém que permitiu abrir questionamentos para futuras pesquisas e estudos, tais como o da fundamentação e valoração do dano à dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: direitos humanos; direito dos presos; situação carcerária.

ABSTRACT: The present paper has the purpose of analyzing the violation of human rights in Brazilian penitentiaries due to the inhuman and degrading treatment generated by overcrowding of prisons. The Supreme Court judged the Extraordinary Appeal No. 580.252, recognizing the current prison situation in Brazil and the unconstitutional state of affairs in which they are. The paper initially addressed the human rights and minimum guarantees provided in the UN Declarations for persons deprived of their liberty by the State, at this time it was also questioned whether the soft Law rules known as: 'Mandela Rules' 'Tokyo Rules' and 'Bangkok Rules' generate binding obligations for UN Member States, such as Brazil. The work then sought to confront these prisoners' rights with the Brazilian prison situation, especially in relation to health care, education and prison work. Finally, the issue of compensation granted by the Federal Supreme Court in favor of prisoners subject to these conditions that threaten human dignity was addressed. For the development of the present study, the bibliographical and documentary research technique was used, in the light of the positivist and post-positivist referential, which resulted in a descriptive study, but allowed to open questions for future research and studies, such as the foundation and valuation of human dignity in the Brazilian penitentiary system.

KEYWORD: human rights; rights of the inmates; prison situation.

1 INTRODUÇÃO.

A preocupação com os Direitos Humanos emergiu no Direito Internacional nos anos que seguiram à 2ª Guerra Mundial em razão das atrocidades ocorridas durante o Nazismo, onde os direitos essenciais inerentes ao ser humano foram violados. Por direitos essenciais podemos entender aqueles que são considerados básicos para a sua existência.

Esses direitos essenciais foram denominados Direitos Humanos, cuja origem pode ser encontrada numa concepção jusnaturalista, segundo a qual é o direito que todos os homens têm por natureza, ou seja, o básico que nós precisamos para viver.

Sensível às violações estatais desses direitos essenciais (vida, liberdade, etc) a comunidade internacional, a partir da 2ª Guerra Mundial, incorporou a agenda de proteção dos direitos humanos no âmbito das violações internacionais. A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), prevê todos os direitos naturais que devem ser respeitados em todos os países signatários para que se possa ter o mínimo de dignidade para viver.

Apesar de toda a preocupação dos Estados, inclusive do Brasil, com os direitos humanos, ainda podemos detectar a sua violação. É o caso da atual situação carcerária do país.

Atualmente, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo e mesmo estando sob a tutela do Estado, essas pessoas têm seus direitos violados em razão da superlotação dos estabelecimentos prisionais, conforme os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, cumprindo pena em situação desumana e degradante.

Ao reconhecer que o detento foi submetido ao cumprimento de pena em reclusão degradante e desumana, o Supremo Tribunal Federal determinou o pagamento de uma indenização, a cargo do Estado, em razão da violação de direitos fundamentais.

2 DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS DETIDAS.

Neste capítulo estudaremos o desenvolvimento dos Direitos Humanos no Direito Internacional e a internacionalização no Brasil de direitos humanos provenientes de tratados e instrumentos de *soft law* que tratam de direitos humanos dos presos.

Finalmente, examinaremos os direitos e correspondentes obrigações estatais relativas as pessoas detidas.

2.1 Recepção dos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos pela Constituição de 1988.

> Na concepção de reinvindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Noberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquin Herrera Flores, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, nesse sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurara dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana. (Piovesan, 2006, p. 7 e 8)

A concepção contemporânea dos direitos humanos veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. (Piovesan, 2006, p. 8)

> Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça – a raça pura ariana. [...]
>
> É nesse cenário quase vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio

> da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. (Piovesan, 2006, p. 8 e 9)

Nessa perspectiva, surge uma crítica e rejeição à concepção positivista de um ordenamento jurídico desinteressado com valores éticos e meramente formal, uma vez que tanto o nazismo e o fascismo tiveram sua ascensão ao poder dentro do quadro de legalidade e promoveram brutalidades em nome da lei. (Piovesan, 2006, p. 9)

Os direitos humanos partem de uma concepção de que o conteúdo do direito pode ser definido, ou derivado, a partir de certas propostas racionais que condicionam aquilo que pode ser positivado no ordenamento jurídico.

> Para Kant as pessoas, e em geral qualquer espécie racional, devem existem como fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, por serem irracionais, por isso são chamadas "coisas", substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados "pessoas", porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, não insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que possuem um valor intrínseco. Desse modo, destaca Kant, trate a humanidade, na pessoa década ser, sempre com um fim mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio do princípio universal da moralidade
>
> E, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais. Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: "Aja apenas de forma e que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal. (Piovesan, 2006, p. 10)

Com o pós-guerra, no âmbito internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos.

> No Esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional Ocidental, aberto a princípio e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana.
>
> Vale dizer, no âmbito do direito internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.
>
> Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana. (Piovesan, 2006, p. 10 e 11)

> Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legitimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas as intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção "hobbesiana" de soberania, centrada no Estado, para uma concepção "kantiana" de soberania, centrada na cidadania universal; e 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeitos de direito. (Piovesan, 2006, p. 12)

Essa nova concepção dos direitos humanos é marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Como leciona Flávia Piovesan:

> Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos sobre crença de que a condição da pessoa é um requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é a condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são, os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (Piovesan, 2006, p. 13)

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de direitos humanos, sistema este integrado por tratados internacionais que refletem a consciência étnica contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida que invocam consenso internacional nos temas centrais de direitos humanos, na busca de parâmetros mínimos. (Piovesan, 2006, p. 13)

Junto com o sistema global, foram criados os sistemas regionais de proteção, com o intuito de internacionalizar os direitos humanos no âmbito regional, em especial na África, Europa e América, consolidando a convivência do sistema global da ONU com instrumentos de sistemas regionais, integrados pelo sistema interamericanos, europeu e africano de proteção aos direitos humanos. (Piovesan, 2006, p. 13 e 14)

> Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, tais sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos humanos. Essa é, aliás, a lógica e a principiologia próprias dos Direitos Humanos.

> Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948 quando em seu §5º, afirma: "Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase". A Declaração de Viena afirma ainda interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento. (Piovesan, 2006, p. 14)

O Sistema Regional Interamericano de Proteção de Direitos Humanos é o mais importante a ser estudado. Nas palavras de Flávia Piovesan:

> A análise do sistema interamericano dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.
>
> Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, marcados pelo fim das ditaduras militares, na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.
>
> Ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias; dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas; das prisões ilegais e arbitrárias; das perseguições políticos-ideológicas; e da abolição das liberdades de expressão, reunião e associação. (Piovesan, 2006, p. 85 e 86)

Como prevê a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, o direitos humanos estão intimamente ligados com a democracia, nas palavras de Flávia Piovesan (2006, p. 87): "isso significa que a região latino-americana tem um duplo desafio: romper em definitivo com o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com pleno respeito aos direitos humanos amplamente considerados – direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais."

A Convenção Americana, como ensina Flávia Piovesan (2006, p. 88 e 89), não enuncia de forma específica qualquer direito social cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas.

Já no âmbito nacional, os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos integram a legislação nacional por meio do Decreto Executivo, que tem 3 (três) funções: a promulgação do tratado, a publicação oficial do seu texto e a executoriedade do ato

internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (Varella, 2016, p. 88)

Nas palavras de Marcelo D. Varella:

> A necessidade do decreto executivo não é exigência constitucional. Não há qualquer norma que indique a necessidade de um novo ato do Presidente da República para que se torne exigível inteiramente. Trata-se, na verdade, de construção teórica, aceita amplamente pelos tribunais brasileiros. (Varella, 2016, p. 88)

Esse entendimento não é pacífico, apresentando divergência entre os próprios doutrinadores brasileiros. Há duas teorias, como aponta Marcelo D. Varella: "o tratado é ratificado e internalizado por um único ato – a publicação do decreto executivo; o tratado é ratificado pelo Poder Executivo, a partir da autorização concedida pelo decreto legislativo, e internacionalizado em um segundo momento pelo decreto executivo. " (Varella, 2016, p. 88)

> De acordo com a primeira corrente monista, o decreto executivo compromete o Brasil, interna e externamente. A base teórica dessa corrente vem de uma análise derivada da Constituição de 1891, na qual se atribuía ao Presidente da República o dever de promulgar as leis, considerando o termo leis em sentido amplo, inclusive os tratados. Nessa Lógica, a própria Constituição obrigaria o decreto do Presidente e, antes de tal decreto, nenhum engajamento poderia ser considerado da parte do Estado Brasileiro. Interessante destacar que não existe norma legal alguma dizendo que o Brasil é dualista. A constituição nada fala, mas existe tradição de exigir a etapa da internalização como um costume constitucional.
>
> Para a segunda corrente, aceita pelo Supremo Tribunal Federal, há no Brasil um dualismo moderado. O Congresso Nacional autoriza a ratificação do tratado mediante o decreto legislativo. A ratificação é então realizada pelo Presidente da República, através do depósito do ato de ratificação junto ao depositário do tratado. A partir deste ato, o Brasil está vinculado às demais partes do tratado. O tratado pode ser utilizado pelo Brasil ou contra ele nos tribunais internacionais, mas ainda não integra a ordem jurídica brasileira e, portanto, não pode ser invocado nos tribunais brasileiros.
>
> Apenas após a publicação do decreto executivo, o tratado integrará também a ordem jurídica brasileira. Durante o período entre o depósito do instrumento de ratificação e a promulgação do decreto executivo, o país aceita duas ordens jurídicas, uma nas relações exteriores e outra nas relações domésticas. Por isso, o Brasil é considerado dualista. O adjetivo "moderado" vem do fato de que se trata de situação, em geral, passageira, de curto período porque, após a promulgação do tratado, este passa a incorporar o ordenamento jurídico nacional. A partir de então, o tratado será norma intocável, tanto diante dos tribunais internacionais quanto dos tribunais brasileiros. (Varella, 2016, p. 88 e 89)

Quando se tratar de tratado que mereceu a aprovação do Legislativo, o decreto executivo vai promulga-lo. Já quando se tratar de tratado simplificado, que não foi avaliado pelo legislativo, o decreto é publicado pelo Poder Executivo, pelo Presidente da República.

Os tratados, no Brasil, normalmente têm força de norma infraconstitucional. Entretanto, se tratando de tratados que versam sobre direitos humanos, têm força de norma constitucional quando aprovados na forma de emenda constitucional. (Varella, 2016, p. 89), conforme o §3º do artigo 5º da Constituição de 1988.[1]

De acordo com Marcelo D. Varella, a identificação da prevalência do tratado sobre outra norma de direito interno deve ser verificada em função da natureza do tratado, de modo que a internalização dê sua coerência com o direito constitucional e em relação à existência ou não de normas infraconstitucionais posteriores aos tratados. Assim:

> a) Tratados em geral revogam as normas de direito interno anteriores que lhes sejam contrárias;
> b) Tratados de direitos humanos, ratificados de acordo com o mesmo procedimento para a aprovação da emenda constitucional, prevalecem sobre outras normas internas, mesmo posteriores, e somente poderão ser modificados por outras emendas constitucionais ou outros tratados da mesma natureza, desde que ratificados com o mesmo procedimento. (Varella, 2016, p. 90)
>
> O tratado ratificado e internalizado pelo Brasil integra o direito interno e deve ser utilizado como qualquer outra norma infraconstitucional, regulando a matéria a qual se destina. A Constituição estabelece a equiparação à lei infraconstitucional. (Varella, 2016, p. 90)
>
> O tratado de direitos humanos, aprovados por três quintos dos parlamentares, com votação em dois turnos, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, terão força de norma constitucional e poderão, nas palavras do STF, paralisar a eficácia de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que lhes sejam contrários, exceto aqueles irrevogáveis, como as cláusulas pétreas. Se não forem aprovados dessa forma, terão força de norma infraconstitucional. (Varella, 2016, p. 94 e 95)

Concluímos, assim, que os tratados que versam sobre direitos humanos, uma vez aprovados no Brasil serão equivalentes a emendas constitucionais, como dispõe expressamente a Constituição de 1988, mas os tratados que tenham conteúdo diverso daquele estipulado na regra da Constituição Federal, serão equivalentes à norma infraconstitucional.

[1] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

2.2 Garantias mínimas previstas nas declarações da ONU para as pessoas privadas de sua liberdade pelo Estado

Em relação às garantias mínimas previstas nos instrumentos legais e internacionais para as pessoas privados da sua liberdade pelo Estado, os seguintes documentos merecem destaque:

2.2.1 Regras de Mandela

As regras de Mandela foram criadas como a revisão da antiga 'Regras Mínimas de Tratamento de Presos', sendo oficializada em 22 de maio de 2015 pela ONU, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo penal e a percepção do papel do encarceramento para a sociedade.

> A atualização das Regras Mínimas fornece-nos orientações atualizadas e muito mais precisas, com instruções exatas para enfrentar a negligência estatal, prestigiando a dignidade daqueles em situação de privação de liberdade para devolver-lhes a essência de seres humanos que são e, bem por isso, obrigam sejam respeitados, proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, entre outras orientações.
>
> [...]
>
> As Regras de Mandela podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e têm aptidão para transformarem o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira.

Afirma ainda, que as pessoas privadas da sua liberdade devem manter seus direitos humanos irrevogáveis, ou seja, todos os demais direitos humanos e liberdades fundamentais que não sejam objeto do cumprimento da pena posta pelo Estado, frisando que o objetivo principal do sistema da justiça criminal é a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas da liberdade.

Visa também que os Estados-Membros façam o esforço para melhorar as condições dos detentos, baseando-se nas regras de Mandela e em todos os demais padrões e normas das Nações Unidas; reduzir a superlotação carcerária e recorrer a medidas não privativas de

liberdade, quando possível; a promover o aumento da justiça e os mecanismos jurídicos de defesa; reforçar alternativas ao encarceramento e apoiar programas de reabilitação social.

As regras de Mandela foram divididas em duas partes. A primeira versa sobre a administração geral dos estabelecimentos prisionais, sendo aplicado a todas as categorias de presos (criminais ou civis); a segunda parte contém regras aplicáveis a determinada categoria, já tratada na seção.

Conforme discutiremos mais adiante as Regras de Mandela são, sobre a sua força obrigatória. Apesar de serem instrumentos de *soft law*, elas versam sobre direitos fundamentais considerados o mínimo ético, o que traria em sua validade o *jus cogens*, podendo-se interpretar que é uma norma obrigatória ao Estado.

2.2.2 Regras de Tóquio

As Regras de Tóquio surgiram a partir da preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos. A sua proposta principal é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade.

Essas regras enunciam princípios básicos para a aplicação e promoção de medidas não privativas de liberdade, assim como as garantias mínimas para os indivíduos submetidos a medidas que não sejam o aprisionamento.

Além disso, visa promover o envolvimento e a participação da coletividade no processo de justiça criminal.

Essas medidas alternativas às penas privativas de liberdade[2], conforme dispõe as Regras de Tóquio, devem ser aplicadas a todos os indivíduos passíveis de acusação, julgamento ou execução de sentença, em todas as fases da administração da justiça criminal.

[2] São consideradas medidas alternativas à pena privativa de liberdade que podem ser adotadas pelas autoridades competentes: sanções verbais como a censura, a repressão e a advertência; acompanhamento em liberdade antes

2.2.3 Regras de Bangkok

As Regras de Bangkok são as regras criadas pelas Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

> [...] essas regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Essas regras foram criadas para complementar as Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos e as Regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio), entretanto, não as substituem.

As Regras de Bangkok foram divididas em 4 seções. Na primeira estão presentes as regras da administração geral das instituições, para casos penais e civis, presas provisórias ou condenadas, assim como mulheres submetidas a medidas disciplinares ou medidas corretivas; a segunda seção contém regras especiais aplicáveis para cada uma das subseções. A terceira seção apresenta regras para a aplicação de sanção não privativa de liberdade e medidas para mulheres adultas infratoras e adolescente em conflitos com a lei. Para terminar o documento, a quarta parte aborda o procedimento de pesquisa, planejamento, avaliação e sensibilização pública.

Os instrumentos de *soft law* tiveram o ápice na década de 50 e durante a década de 60, por conta do surgimento de novos temas de Direito Internacional e o aumento do número dos membros da Assembleia Geral das Nações Unidas. (Soares, 2004, p. 136)

Houve contribuição da vertente de priorizar a norma internacional com o seu conteúdo de dever de cooperação, ao invés de ser imposto algo a ser cumprido pelos países signatários.

> A multiplicação das soft norms começou a partir da segunda metade dos anos cinquenta e continuou no decorrer dos anos sessenta, com o aumento do número de membros da Assembleia Geral das Nações Unidas. O aumento ocorreu, sobretudo,

da decisão do tribunal; penas privativas de direito; sanções econômicas e pecuniárias, com multas e multas diárias; ordem de confisco e apreensão; ordem de restituição a vítima ou indenização desta; condenação suspensa ou suspensão da pena; regime de experiência e vigilância judiciária; imposição de prestação de serviços a comunidade; envio a um estabelecimento aberto; prisão domiciliar; qualquer outra forma de tratamento não institucional; ou uma combinação dessas medidas.

> em virtude da chegada dos países em processo de descolonização. (Varella, 2016, p. 85)

> A *soft law* emergiu em decorrência da prática reiterada e cada vez mais atuante no século XX, da diplomacia multilateral, em seus três subtipos: (a) nas relações internacionais levadas a cabo em congressos e conferencias internacionais, que passaram a ser corriqueiros (diplomacia por congresso e conferências); (b) nas relações internacionais empreendidas no interior das organizações intergovernamentais permanentes (diplomacia parlamentar), formas de relações internacionais inexistentes nos séculos passados; e (c) em reuniões periódicas previstas em tratados ou convenções internacionais, ou acordadas *ad hoc* (diplomacia por comissões mistas). Igualmente, a diplomacia de cúpula, de reuniões diretas e diuturnas entre os responsáveis pelas relações internacionais dos Estados, os chefes dos Estados ou de Governo, os Ministros dos Estados, particularmente das Relações Exteriores, tem propiciado à prática de Comunicados Conjuntos, Atas, Declarações Finais, que constituem *soft Law*. (Soares, 2004, p. 129)

De acordo com Marcelo D. Varella, denomina-se *soft Law* as normas de direito internacional mais maleável. *Soft Law* também pode ser encontrado como *soft norm* ou *droit mou.* Essa expressão pode ser traduzida como ‘direito leve’ ou ‘direito frouxo’. (Varella, 2016, p. 84)

> Essas normas não tem o mesmo grau de atribuição de capacidade nem são tão importantes quanto as normas restritivas, mas os Estados comprometem-se a cooperar e respeitar os acordos realizados, sem submeter-se, no entanto, a obrigações jurídicas. Consideramos que essa modalidade de comprometimento representa uma atribuição de capacidade, sendo que o Estado permite à comunidade internacional primeiramente um controle moral sobre as disposições dos acordos e, depois, porque esses acordos servem como base à realização dos futuros acordos restritivos. (Varella, 2016, p. 84)

Para Guido Fernando Silva Soares:

> O conceito de soft law emergiu a partir da relevância e da atuação crescente da diplomacia multilateral, seja nos foros diplomáticos de negociações, seja a partir de interpretações dadas aos tratados multilaterais elaborados sob a égide das organizações intergovernamentais, seja dos próprios atos unilaterais destas, seja nas organizações intergovernamentais, seja em congressos e conferencias. A ideia subjacente a sua adoção e a sua aceitação generalizada parece-nos, conforme já nos expressamos, repousar num sentimento de que as normas jurídicas deveriam estar mais perto das necessidades humanas, as quais nem sempre encontrariam respaldo nas ações governamentais (fenômeno decorrente da participação mais eficaz de toda a sociedade, na formulação da política internacional). (Soares, 2004, p. 137)

O direito internacional é composto de normas com diferentes graus de normatividade.

> Além dos tratados que geram uma obrigação para as partes que os ratificam, existem aqueles que são considerados como imponíveis a todos os Estados, mesmo sem sua aceitação (*jus cogens),* e aquele que, mesmo com o compromisso assumido pelo Estado, não geram obrigações rígidas (*soft norms*). (Varella, 2016, p. 83)

Leciona Guido Fernando Silva Soares que o contraste entre *hard Law* e o *soft Law* alude entre duas realidades coexistentes e que se auto implicam: o fator tempo e o fator finalidade. (Soares, 2004, p. 137)

Quanto ao fator tempo, pode-se dizer que a *hard Law* é um produto acabado, ao final de sua evolução geracional ao longo do tempo, uma norma acabada em sua inteireza. Já o *soft Law* vem a ser um ato em potência, um ato de vontade dos Estados que se aspira em tornar-se norma.

Quanto a finalidade, referindo-se a *hard Law,* os Estados estabelecem obrigações jurídicas fortes, para serem efetivamente cumpridas. Já o *Soft Law*, o cumprimento dessas normas é meramente recomendado ao Estado, que podem, inclusive, não cumpri-las, não sendo cabível a aplicação de sanções.

O maior exemplo que temos quando a *hard Law* são os tratados. A exigibilidade de um tratado repousa sobre o compromisso assumido pelo Estado. Nem todo o ato internacional, ou nacional, reflete a vontade do Estado em se engajar na em relação ás obrigações rígida, uma vez que os tratados não são criados com intuito de constituir normas obrigatórias sobre determinado tema. Os tratados marcam a positivação de um passo no processo de negociação, máximo admitido entre os Estados em um determinado momento. (Varella, 2016, p. 83)

Marcelo D. Varela elenca os motivos da criação de normas soft Law ao invés de normas restritivas, são eles:

> a) Maior facilidade para fazer aprovar normas sobre assuntos ainda incertos, cuja validade cientifica é sempre discutida, sobretudo se houver divergência a respeito da necessidade de medidas, se o princípio da precaução está em pauta. Os códigos de boa conduta sobre segurança nuclear adotados pela Agência Internacional de Energia Atômica são ilustração disso.
> b) Necessidade de fazer aprovar uma norma sobre o assunto politicamente controvertido, encontrado grande resistência por parte de alguns Estados ou de grupos de pressão do interior dos Estados. É mais fácil obter a obediência dos grupos internos a uma soft norm, ratificada por um número significativo de Estados, do que a uma proposta de convenção restritiva cujo número de membros é reduzido.
> c) Precaução por parte dos Estados que hesitam em adotar normas restritivas, sabendo que, frequentemente, não tem certeza de poder cumprir as obrigações contratadas ou que não estão de acordo com um ou vários aspectos da norma, mas estando de acordo com a maior parte ou uma parte importante das disposições. A soft norm permite que o Estado seja parte em um acordo internacional, sem ser obrigado a respeitar todas as suas disposições.

> d) Necessidade de maior flexibilidade burocrática num primeiro momento em que devem ser estudados as formas de implementação, de controle e os impactos concretos da norma.
> e) Possibilidade de ser utilizada como instrumento de pressão sobre os Estados que não aceitarem integrar um acordo rígido, mas que não têm interesse em participar de um acordo intermediário. Assim, é possível desenvolver mais o assunto, num primeiro momento, e a posteriori envolver-se nas negociações visando um acordo restritivo.
> f) Possibilidade de tratar de assuntos menos sensíveis, sendo que o direito mais rígido fica reservado aos assuntos fundamentais. Em geral, as normas ambientais são consideradas menos importantes que as normas econômicas, por exemplo. É por isso que há mais normas restritivas comerciais e mais soft norms ambientais.
> g) Tornar possível a participação dos *autores não estatais*, sabendo que os Estados são mais abertos ao controle externo e interno, quando não há obrigações concretas. Por exemplo, a União Internacional para a Conservação da Natureza preparou uma versão preliminar da Carta Mundial da Natureza, que foi mandada pela Assembleia Geral das Nações Unidas aos Estados, para receber os seus comentários e que foi aprovada posteriormente, no dia 28 de outubro de 1982. (Varella, 2016, p. 84 e 85)

Além dos motivos acima elencados, Marcelo D. Varella, ainda elenca quais seriam as características das *soft laws,* sendo elas:

> a) Normas não restritivas, que contêm expressões vagas e conceitos imprecisos;
> b) Dirigem-se também a atores não estatais, cuja prática não pode constituir direito costumeiro;
> c) A implantação de suas disposições é voluntária, não havendo instrumentos jurídicos para forçar essa implementação. (Varella, 2016, p. 86)

Entretanto, o tema não se esgota aqui, é polêmico, pois há quem entenda que o *soft law* pode gerar normas e obrigações internacionais, o que é denominado de ***soft law* normativo**.

> Uma norma não é considerada *soft norms* pelo nome (guia de boas condutas ou outro) nem unicamente pela linguagem usada, mas, sobretudo, pela pratica dos Estados e dos outros atores internacionais perante essa norma. **Assim, o painel de inspeção do Banco Mundial transformou, por sua prática, guias de boa conduta em norma obrigatória**, em função de sua aceitabilidade por um número representativo de Estados. (Varella, 2016, p. 86)

> Normas privadas, criadas por agentes privados, e não por Estados ou Organizações Internacionais, podem também tornar-se *soft norms* e ser, às vezes, consideradas como obrigatórias por parte das Organizações Internacionais. (Varella, 2016, p. 87)

A partir do século XX surgiram duas tendências no Direito Internacional Público que reformularam o entendimento tradicional sobre suas fontes e a graduação da força vinculante

dessas normas produzidas pelos Estados. De um lado a existência de normas relativamente inflexíveis e de outro lado o reconhecimento de existirem normas flexíveis que constituiriam um conjunto de regras jurídicas de conduta dos Estados, cuja inadimplência resultaria sanções distintas nas normas tradicionais, como obrigações morais versadas no sistema obrigacional interno dos Estados. (Soares, 2004, p. 127)

> A emergência do *jus cogens* nada mais representaria do que o abandono das teorias voluntaristas exacerbadas dos séculos passados, que viam na manifestação de vontade dos Estados, expressa nos tratados e convenções internacionais, ou implícita, como no costume internacional, a única fonte das normas jurídicas; (Soares, 2004, p. 128)

Em razão da doutrinação do Direito Internacional Público, começaram a surgir discussões sobre os fundamentos dos tratados internacionais e de todo o direito internacional. Fernando Guido Silva Soares menciona, em especial, dois importantes autores, Léon Duguit e Georges Scelle.

> Havia um pugilo de importantes autores, no alvorecer do século XX, entre os quais Léon Duguit e Georges Scelles, que se recusavam a engrossar a fileira dos "estatólatras" e adoradores do puro formalismo jurídico como a única razão de ser do direito. Seja pelas raízes sociológicas do direito apoiado na ideia de solidariedade (Duguit), seja nas discussões sobre a impossibilidade de "tratados imorais" (Scelle), discutiam-se não só os fundamentos dos tratados internacionais, mas também os de todo o Direito Internacional, devendo notar-se que, para o Prof. Scelle, o que hoje denominados de *jus cogens*, para ele constituía o que denominava de "Direito Internacional Geral". (Soares, 2004, p. 130)

Em contrapartida, se comparava o Direito Internacional nos sistemas jurídicos internos de cada Estados. Consideravam-se a vontade como um centro sem limites, reavaliando o liberalismo instituído nos séculos anteriores.

> Em especial no campo dos contratos entre particulares, nas hipóteses de aplicabilidade de normas de sistemas jurídicos estrangeiros, tornada possível pelas normas de um Direito Internacional Privado nacional, antigos conceitos de limites impostos por normas de ordem pública, existentes nos sistemas jurídicos nacionais, ganham relevância, por uma construção sofisticada a partir do final do século XIX, com destaque para a figura do Prof. Enrico Mancini. (Soares, 2004, p. 130)

A discussão sobre o *jus cogens* voltou à tona na atualidade não apenas na questão do exame dos controles de legalidade e legitimidade das normas dos tratados e convenções internacionais celebrados pelos Estados, mas também aos costumes internacionais. (Soares, 2004, p. 130)

Na Convenção de Viena sobre os Tratados (1969), é mencionado o *jus cogens* em dois dispositivos: o artigo 53 e 64.

> Art. 53
>
> Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)
>
> É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como normal da qual nenhuma derrogação é permitida e eu só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.
>
> Art. 64
>
> Superveniência de uma Nova Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)
>
> Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional feral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Na lição de Guido Fernando Silva Soares (2004, p. 132):

> O art. 53 transcrito mal delineia o que considera como *jus cogens*: "*norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto"*, conquanto tenha dado suas notas distintivas, no conjunto das outras normas, com vista em marcar-lhe sua posição hierárquica superior a estas: sua prevalência em caso de conflito e sua inderrogabilidade por estas. Quanto à questão do que seja o "conjunto dos Estados", sua indefinição apresenta os mesmo problemas que os relacionados à constituição dos costumes internacionais (a questão da indeterminação sobe o número de vezes que um ato deva ser praticado, para constituir-se um costume internacional): a nosso ver, a questão não apresenta maiores dificuldades, tendo-se em conta, como fizemos, que, da mesma forma que a constituição de um costume refere-se mais à prevalência dos valores nele reconhecidos como obrigatórios (a relevância da *opnio juris*) a determinação de uma norma como sendo *jus congens* dependerá dos valores transcendentais que ela acolhe.
>
> [...]
>
> A doutrina internacionalista que se debruçou sobre a hermenêutica desses dispositivos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados tem afirmado que a tarefa de dizer quais valores constituem o *jus cogens* deverá ser conferida às outras fontes de direito internacional.

A jurisprudência internacional já se manifestou sobre o *jus cogens* no *Caso Barcelona Traction*, julgado em 1970 pela CIJ segundo o qual (Soares, 2004, p. 133 e 134):

> "Uma distinção deve ser estabelecida entre as obrigações dos Estados para com a comunidade internacional no seu conjunto e aquelas que nascem face a um outro

> Estado, no quadro da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Vista a importância dos direito em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que estes direitos sejam protegidos; as obrigações de que se trata, são obrigações 'erga omnes' (...) tais como: a declaração de ilegalidade ('*mise hors la loi'*) de atos de agressão e de genocídio (...) e [a obrigação de respeito] aos princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, neles incluídos a proteção contra a pratica da escravidão e a discriminação racial." (Soares, 2004, p. 133 e 134)

Em razão do *jus cogens*, a Comissão de Direito Internacional foi desenvolvida, com a finalidade da elaboração do projeto sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados. Nas palavras de Guido Fernando Silva Soares:

> Trata-se, entra as várias formas de regular-se a responsabilidade internacional dos Estado, por violações de normas internacionais (atos, nesse Projeto, tipificados como "delitos), da definição da responsabilidade dos Estados pela prática de "crimes internacionais". (Soares, 2004, p. 134)

As Regras de Mandela, Bangkok e Tóquio, apesar de serem instrumentos de *soft law*, podem gerar um efeito vinculante aos Estados em razão do *jus cogens.* Ou seja, por se tratarem de direitos fundamentais as normas se sobrepõem a vontade do Estado, que deveria assumi-las como obrigatórias e, ao menos, envidar esforços (ações e políticas) com a finalidade de lhes dar cumprimento, sem prejuízo, a não observância dessas regras poderiam ser invocadas no plano interno como fundamento de pretensões e decisões judiciais, como no caso do Recurso em estudo.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS E A SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

O Código Penal (artigo 38[3]) e a Lei de Execução Penal (artigo 3º[4]) determinam que o preso conserva todos os direitos que não foram atingidos pela condenação penal.

Fernando Capez expõe os motivos da LEP:

[3] Art. 38 - 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

[4] Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

> É comum, no cumprimento das penas privativas de liberdade, aprovação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola medida da proporcionalidade, como se transforma em poderoso fator de reincidência pela formação de focos crimine-nos que propicia. (Capez, 2014, p. 418)

Portanto, a LEP se preocupou em garantir ao preso todas as condições para a integração social por meio de reeducação e da preservação da dignidade. Entretanto, a situação carcerária no país demonstra o abismo entra a previsão legal e as reais condições em que se encontram as pessoas privadas de sua liberdade pelo Estado brasileiro.

De acordo com o 'Levantamento Nacional de Informações Penitenciária: Atualização – junho de 2016', em 30/06/2016, existiam o total de 762.172 pessoas privadas de suas liberdades. Sendo 689.510 pessoas em estabelecimentos administrados pelas secretárias estaduais; 36.765 pessoas em custodia em carceragem de delegacias ou outros espaços administrados pela Secretaria de Segurança Pública; 437 pessoas em unidade de Sistema Penitenciário Federal.

> Em relação ao número de vagas, observamos um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país, cenário também agravado em relação ao último levantamento disponível. (2016, p.08)

Desde a década de 90, a população carcerária brasileira cresceu 707%, estando, pela primeira vez acima da marca dos 700 mil. O estado de São Paulo concentra 33,1% de toda a população prisional do país (240.061 pessoas). Já o estado de Roraima tem a menor população prisional, com 2.339 pessoas.

Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em Junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.

O estado do Mato Grosso do Sul, (DEPEN , 2016) é o estado que mais encarcera em todo o país, com 696,7 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes em todo o estado.

Outro dado importante é sobre a quantidade de presos sem condenação. No estado do Ceará 66% dos cutodiados aguardam julgamento. A média nacional é de 43%.

Outro dado encontrado (DEPEN, 2016, p.15) é o percentual de presos sem condenação que se encontram sob custódia do sistema prisional há mais de 90 dias.

> Apenas 45% das unidades prisionais do País informaram que detinham informações sobre o tempo de aprisionamento das pessoas sem condenação. As unidades que detinham essa informação concentravam 115.120 presos provisórios e, entre esses, 47% estavam aprisionados há mais de 90 dias, aguardando julgamento e sentença. (p.15)

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias também se importou em divulgar dados quanto a 'Gestão de serviços penais e garantias de direitos'. Três áreas em especial são de suma importancia para nós: a saúde, educação e o trabalho.

3.1 Assistência a saúde do presidiário.

A Lei de execução penal estabelece que as pessoas privadas da liberdade devem ter acesso à saúde. Esse acesso deve ser garantido pelo Estado, abrangendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Tanto a Lei de Execução Penal, quanto os Institutos de *soft law* previamente, determinam que os estabelecimentos prisionais devem estar aparelhados para oferecer atenção básica saúde. No caso de complexidade ou no caso de inexistir estrutura adequada para o atendimento, será prestado pela rede pública de saúde da localidade, mediante autorização da direção do estabelecimento prisional.

No levantamento feito pelo Infopen (2016, p. 49), pode-se afirmar que 85% da população privada de liberdade em junho de 2016 entravam-se sob custódia em unidades que contam com estrutura previstas para o devido atendimento.

Outra informação divulgada foi sobre os procedimentos de saúde realizados no âmbito do sistema prisional.

Ao todo, foram realizadas 572.385 consultar médicas durante o primeiro semestre de 2016, sendo 78% dessas dentro do estabelecimento prisional. O estado do Rio de Janeiro foi o único que não informou os dados quanto aos atendimentos e procedimentos médicos realizados. (p. 50)

3.2 Educação do preso no sistema carcerário.

O acesso à assistência educacional é um direito garantido à pessoa privada de liberdade e deve ser oferecido pelo Estado, visando a reintegração da população prisional à sociedade.

> Para fins do presente levantamento, as atividades educacionais foram discriminadas entre atividades de ensino escolar, que compreendem as atividades de alfabetização, formação de ensino fundamental até ensino superior, cursos técnicos (acima de 800 horas de aula) e curso de formação inicial e continuada (capacitação profissional, acima de 160 horas de aula); e atividades complementares, que compreendem as pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio da leitura, pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio do esporte e pessoas envolvidas em demais atividades educacionais complementares (tais como, videoteca, atividades de lazer e cultura).
>
> De acordo com a tabela 25, apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares. (p. 53)
>
> Em relação às atividades complementares, 2% da população prisional total do país encontra-se envolvida em atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares. (p.54)

Com base nos relatórios disponibilizados pelo Infopen, 50% das pessoas estão em formação do nível do ensino fundamental. De acordo com a Lei de execução penal, o ensino fundamental dever ser obrigatoriamente oferecido no sistema prisional, já os demais níveis dependem da disponibilidade de professores e da infraestrutura. (p. 55)

Ainda nos relatórios, 43% da população se encontra em programa de remição por meio da leitura e outros 1% se encontram em programas de remissão por pratica de esporte. (p. 55)

3.3 O trabalho dos presos

> Segundo a Lei de Execução Penal, o trabalho do condenado terá finalidade educativa e produtiva, podendo ser realizado no interior do estabelecimento penal (para presos provisórios e condenados) ou fora do estabelecimento penal (para condenados que já tenham cumprido, pelo menos 1/6 da pena total).
>
> Em junho de 2016, 15% da população prisional estava envolvida em algum tipo de atividade laboral, interna ou externa ao estabelecimento prisional. O Estado de

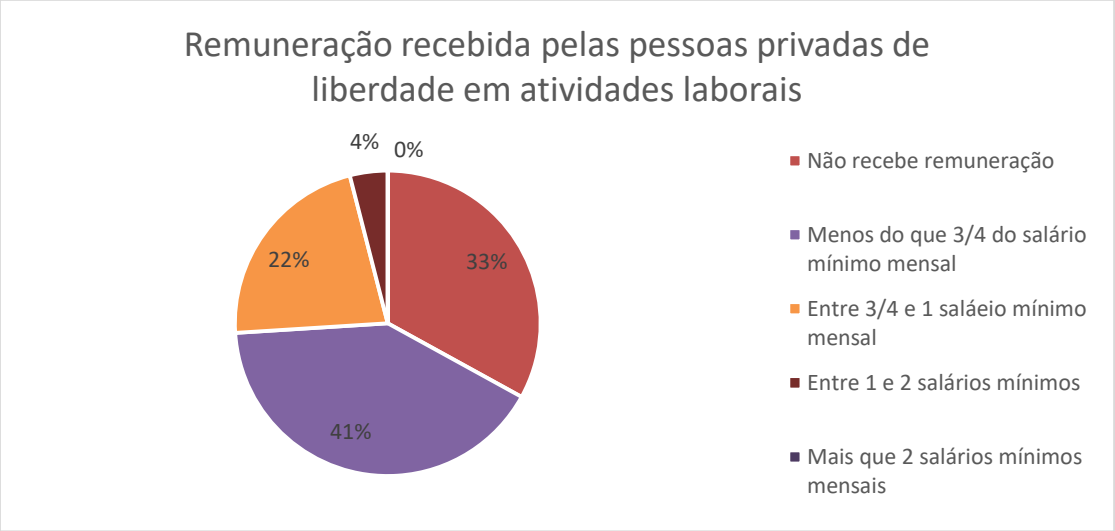
> Minas Gerais tem o maior percentual de pessoas em atividades laborais do País. (p. 56)

Com base nas informações divulgadas pelo Infopen, 87% dessa população se encontra atividades internas.

> As atividades laborais desenvolvidas dentro do estabelecimento compreendem desde atividades de prestações de serviços para empresas, organizações sociais e instâncias do poder público, até atividades de limpeza e gestão do próprio estabelecimento penal. (p. 56)

Os Estados do Acre e do Sergipe tem a população carcerária inteira executando trabalhos dentro do estabelecimento prisional.

> Ainda que não esteja submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a LEP prevê que o trabalho da pessoa privada de liberdade deverá ser remunerado e o valor não pode ser inferior a ¾ do salário mínimo38. Em 2016, esse limite mínimo representava um salário mensal de R$ 660,00. (p. 58)



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016 (p. 58)

Embora garantido pela LEP, 75% da população prisional em atividade laboral não recebe remuneração ou recebe menos que 3/4 do salário mínimo mensal, conforme o gráfico acima.

4 DA INDENIZAÇÃO EM VIRTUDE DA PRISÃO EM CONDIÇÕES DE ENCARCERAMENTO ATENTATORIO A DIGNIDADE HUMANA.

O Código de Processo Penal, no artigo 630[5], prevê a indenização ao preso quando se tratar de erro judiciário. Nesse sentido Leciona Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 1103):

> Natureza da ação impositiva de indenização: é condenatória. Não se tratando de mero efeito da procedência da ação revisional. Justamente por isso, precisa haver o requerimento do autor para que seja reconhecido esse direito.

Entretanto, estamos de frente de um caso atípico, uma vez que essa indenização não se dá por um erro do judiciário como o Código de Processo Penal prevê. Trata-se de uma pessoa que foi condenada, porém, em razão do Estado não conseguir garantir o tratamento mínimo dessa pessoa, acabou sendo indenizada.

No julgamento do Recurso Extraordinário 580.252, o Ministro Teori Zavascki elenca as violações dos direitos em razão da superlotação das penitenciárias brasileiras.

> Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, "e"), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. (p. 50)
>
> Na assistência à saúde, faltam profissionais, atendimento médico e medicamentos. Os presos são obrigados a conviver com dores, doenças e feridas, muitas vezes sem qualquer tratamento. Além da falta de profissionais de saúde, os presídios praticamente não possuem medicamentos em estoque. As assistências educacional e

[5] Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1o Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2o A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder) se a acusação houver sido meramente privada.

> laboral também são falhas, sobretudo, pela falta de oportunidades. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), apenas cerca de 10% dos presos estudam e pouco mais de 20% estão envolvidos em atividade laboral. Os presos são, assim, condenados ao ócio, sendo esse um fator decisivo para os conflitos e revoltas nos presídios. (p. 49)

Por se tratar de um dever do Estado garantir a proteção dos direitos humanos daqueles que estão sob sua custódia, incide o artigo 37, §6º[6] da Constituição Federal, ficando o Estado responsabilizado pelos danos causados.

> Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS CAUSADOS AO PRESO POR SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO. 1. Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes. 2. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa. 3. Não é legítima a invocação da cláusula da reserva do possível para negar a uma minoria estigmatizada o direito à indenização por lesões evidentes aos seus direitos fundamentais. O dever de reparação de danos decorre de norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação. 4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento. 5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição. 6. Provimento do recurso extraordinário para reconhecer o direito do recorrente a ser indenizado pelos danos morais sofridos, mediante remição de parte do tempo de execução da pena. 7. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente."

[6] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a atual situação prisional do país viola os direitos humanos dos detentos e que o Estado é responsável civilmente pelos danos causados.

5 CONCLUSÃO

Os direitos humanos, na ceara do direito internacional, tiveram ascensão no pós-guerra. Após a criação da ONU, uma série de normas sobre direitos humanos foram criadas, em especial as Regras de Mandela, Bangkok e Tóquio que visam proteger os direitos das pessoas privadas da sua liberdade pelo Estado. Embora se tratem de instrumentos de *soft law*, é possível questionar o caráter vinculante das obrigações estatais que atendam essas garantias mínimas por se tratarem de normas de regras direitos humanos e, portanto, de *jus cogens* internacional.

Diante da superlotação dos presídios brasileiros, alguns desses direitos vêm sendo violados, em especial os direitos relacionados à assistência a saúde, a educação e ao trabalho do preso. Conforme o julgamento do Recurso Especial nº 580.252, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a atual situação carcerária do país chegou a um estado alarmante, sendo necessárias políticas e medidas, por parte do Executivo, para fazer cessar o estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro. Entretanto, como ainda não foi possível viabilizar e implantar a solução alvitrada, o STF propôs a redução da pena e, para aqueles que já cumpriram a pena na sua integralidade, a indenização no valor de R$2.000,00.

Ao reduzir a pena, o detendo acaba menos tempo exposto ao ambiente desumano e degradante. Por outro lado, desafia-se o princípio da inderrogabilidade das penas, segundo o qual, pena posta é pena cumprida. Quanto a indenização, apesar de ser um valor aparentemente baixo, trata-se de uma forma de indenização pelo Estado em razão dos danos sofridos por conta da supressão temporária de direitos inerentes a condição humana, todavia, as questões, envolvendo a fundamentação e valoração dessas espécies de dano, merecem aprofundamento por meios de estudos que ultrapassam os objetivos do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

Brasil. (s.d.). *Código de Processo Penal*. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

Brasil. (s.d.). *Código Penal*. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

Brasil. (s.d.). *Constituição Federal de 1988*. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Brasil. (s.d.). *Lei de Execução Penal*. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

Capez, F. (2014). *Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)* (18ª Edição ed., Vol. 1). São Paulo, São Paulo, Brasil: Saraiva.

CNJ. (20 de dezembro de 2017). *Regras de Bangkok*. Fonte: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf

CNJ. (20 de dezembro de 2017). *Regras de Mandela*. Fonte: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf

CNJ. (20 de dezembro de 2017). *Regras de Tóquio*. Fonte: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf

CNJ. (s.d.). *Notícias do CNJ*. Acesso em 29 de Dezembro de 2017, disponível em Conselho Nacional de Justiça: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais

CNJ, C. N. (23 de Fevereiro de 2017). *Conselho Nacional de Justiça*. (W. Ulisses, Produtor, & Arte CNJ) Acesso em 29 de Dezembro de 2017, disponível em Conselho Nacional de Justiça: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais

Federal, S. T. (25 de março de 2017). *Recurso Especial 580.252*. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623

Justiça, M. d. (2016). *Levantamento de Informações Penitenciárias - Junho 2016.* Acesso em 23 de março de 2018, disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

Nucci, G. d. (2013). *Código de Processo Penal Comentado* (12ª ed; rev., atual. e ampl. ed.). São Paulo, São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.

Piovesan, F. (2006). *Direitos Humanos e Justiça Internacional.* São Paulo, Brasil: Saraiva.

Silva, J. A. (s.d.). *Curso de Direito Constitucional.* Revista dos Tribunais.

Soares, G. F. (2004). *Direito Internacional Público.* São Paulo: Editora Atlas.

Varella, M. D. (2016). *Direito Internacional Público.* São Paulo: Saraiva.