



FACULDADE CAMPO REAL
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

GILMAR GARCIA DE ALMEIDA

**O ESTADO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AOS
ENCARCERADOS**

GUARAPUAVA
2017

GILMAR GARCIA DE ALMEIDA

**O ESTADO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AOS
ENCARCERADOS**

Monografia (graduação) apresentada à Faculdade
Campo Real, como requisito para obtenção do título de
Bacharel em DIREITO.

Orientadora: ANA CLAUDIA DA SILVA ABREU

GUARAPUAVA
2017

GILMAR GARCIA DE ALMEIDA

O ESTADO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AOS
ENCARCERADOS

Trabalho de Curso aprovado com média _____, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em DIREITO, no Curso de DIREITO da Faculdade Campo Real, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a) Presidente (a): _____

Membro: _____

Membro: _____

Guarapuava, _____ de _____ de 2017.

DEDICATÓRIA

A minha formação como profissional não poderia ter sido concretizada sem a ajuda de meus amáveis e eternos pais Valdemir e Odete, que, no decorrer da minha vida, proporcionaram-me, além de extenso carinho e amor, os conhecimentos da integridade, da perseverança e para o meu desenvolvimento como ser humano. Por essa razão, gostaria de dedicar e reconhecer à vocês, minha imensa gratidão e sempre amor.

Um agradecimento especial as minhas queridas irmãs Tatiani e Valdete, que permaneceram sempre ao meu lado, nos bons e maus momentos; a minha querida namorada Mere Terezinha Carriel Conrado, que além de me fazer feliz, ajudou-me, durante todo o percurso de minha vida acadêmica, compreendendo-me e ensinando-me para que eu conquistasse um lugar ao sol; à minha maravilhosa avó Mafalda Rosa Eurich, que sempre me deu atenção, carinho e preciosos conselhos; ao meu sobrinho querido Carlos Eduardo de Almeida pelo carinho e afeto e a todos aqueles que direta ou indiretamente, contribuíram para esta imensa felicidade que estou sentindo nesse momento.

À todos vocês, meu muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

A minha orientadora Professora Ms. Ana Cláudia Silva Abreu, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, e meus familiares pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

A parte mais bela e importante de toda a História é a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

Fábio Konder Comparato

RESUMO

Este trabalho visa verificar a aplicabilidade dos Direitos Humanos no Sistema Penitenciário Brasileiro, sob a seguinte problemática: O Brasil está cumprindo o seu papel na proteção dos Direitos Humanos em face do Sistema Penitenciário, em conformidade com o Sistema Interamericano dos Direitos Humanos em especial, na aplicação da pena privativa de liberdade? Para obter as possíveis soluções para a problemática levantada, realizou-se um estudo aprofundado do tema, utilizando-se do método dedutivo, onde parte-se do geral para o específico; e o método histórico, pois serão investigadas as raízes dos institutos para se alcançar a compreensão de sua natureza e funções atuais; e também as modalidades quantitativa e qualitativa, uma vez que o presente trabalho dependia de informações precisas sobre a atual situação dos presídios brasileiros. No entanto, para que se torne possível essa análise, o presente estudo dispõe de conceitos, e evoluções dos Direitos Humanos no mundo e a sua classificação. Abordam-se ainda os direitos humanos das pessoas privadas de sua liberdade analisando em conjunto com direitos dos presos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se um estudo do Sistema prisional brasileiro e a decretação do estado de coisas inconstitucional, em razão das condições oferecidas pelo sistema carcerário do Brasil. Elabora-se uma análise dos tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o país é signatário atendo-se principalmente nos tratados de proteção do Sistema Regional. Desenvolve-se uma sistemática avaliação do Sistema Penitenciário e a forma como a pena privativa de liberdade vem sendo executada, para ao final constatar se o Brasil está ou não exercendo seu papel, além de identificar as maiores causas de violações de Direitos Humanos e propor soluções para este devastador problema.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Direito Penal. Sistema Americano de Direitos Humanos e Direitos individuais dos presos.

ABSTRACT

This paper aims at verifying the applicability of Human Rights in the Brazilian Penitentiary System, under the following problematic: Brazil is fulfilling its role in the protection of Human Rights in the face of the Penitentiary System, in accordance with the Inter-American Human Rights System in enforcement of the custodial sentence? In order to obtain the possible solutions to the problems raised, a thorough study of the topic was carried out, using the deductive method, where it starts from general to specific; and the historical method, because the roots of the institutes will be investigated in order to reach an understanding of their nature and current functions; and also the quantitative and qualitative modalities, since the present work depended on accurate information about the current situation of the Brazilian prisons. However, in order to make this analysis possible, the present study has concepts and evolutions of human rights in the world and their classification. The human rights of persons deprived of their liberty are also analyzed by analyzing together with the rights of prisoners provided for in the Brazilian legal system. It is made a study of the Brazilian prison system and the decree of the unconstitutional state of affairs, due to the conditions offered by the Brazilian prison system. An analysis of the International Human Rights treaties of which the country is a signatory is based on the protection treaties of the Regional System. A systematic evaluation of the Penitentiary System is developed and the way in which the custodial sentence is being executed, in order to verify whether or not Brazil is playing its role, besides identifying the major causes of human rights violations and proposing solutions for this devastating problem.

Keywords: Human Rights. Criminal Law. American System of Human Rights and Individual Rights of Prisoners.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS	13
2.1 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	13
2.2 CLASSIFICAÇÃO	16
2.2.1 <i>Direitos Humanos de Primeira Geração</i>	16
2.2.2 <i>Direitos Humanos de Segunda Geração</i>	18
2.2.3 <i>Direitos Humanos de Terceira Geração</i>	19
2.2.4 <i>Direitos Humanos de Quarta Geração</i>	20
2.2.5 <i>Direitos Humanos de Quinta Geração</i>	21
2.3 DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS	22
2.4 PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA	23
2.4.1 <i>Dignidade da Pessoa Humana</i>	24
2.4.2 <i>Princípio da Individualização da Pena</i>	25
2.4.3 <i>Princípio da Personalidade</i>	26
2.4.4 <i>Princípio da Legalidade</i>	26
2.4.5 <i>Princípios Implícitos</i>	27
2.4.5.1 <i>Princípio da intervenção mínima</i>	28
2.4.5.2 <i>Princípio da proporcionalidade</i>	29
2.4.5.3 <i>Princípio da vedação da punição pelo mesmo fato</i>	30
2.4.5.4 <i>Princípio da taxatividade</i>	30
2.5 AS REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO DA ONU	32
2.6 TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS DOS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO	33
2.6.1 <i>Aspectos Gerais dos Tratados</i>	36
2.7 NORMAS INTERNACIONAIS COGENTES	42
2.7.1 <i>Jus Cogens</i>	43
3 SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	45
3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA	46
3.2 MANIFESTAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS.....	47
3.2.1 <i>Violação do Direito à Vida</i>	50
3.2.2 <i>Violação da Dignidade da Pessoa Humana</i>	51
3.2.3 <i>Violação da Integridade Física e Psicológica</i>	52
3.2.4 <i>Violação do Direito à Saúde</i>	53
3.2.5 <i>Violação do Direito à Assistência à Educação, Lazer e Atividades Culturais</i>	54
3.2.6 <i>Violação do Direito à Alimentação</i>	55
3.3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	56
3.3.1 <i>O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil</i>	58
4 SANÇÕES CABÍVEIS AO ESTADO BRASILEIRO POR DESCUMPRIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS ENCARCERADAS	62
4.1 SANÇÕES APLICADAS AO PAÍS POR DESCUMPRIMENTO DOS TRATADOS.....	62
4.1.1 <i>A Sentença Internacional no Direito Brasileiro</i>	62
4.1.2 <i>Corte Interamericana de Direitos Humanos</i>	64
4.1.3 <i>Cumprimento da Sentença Internacional no Brasil: o Caso da Sentença da Corte Interamericana de</i>	

<i>Direitos Humanos</i>	65
<i>4.1.3.1 A implementação automática pelo Estado</i>	66
<i>4.1.3.2 A implementação forçada por meio do Poder Judiciário</i>	67
<i>4.1.3.3 A supervisão da execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a responsabilidade internacional do Brasil por descumprimento</i>	68
5 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é discorrer sobre o tema Direitos Humanos e pesquisar a atuação do Estado brasileiro na aplicação das normas que protejam os direitos humanos dos encarcerados, bem como a eficácia das regras internacionais cogentes. A escolha do tema deve-se ao fato do Estado brasileiro em várias situações ter cometido violações dos Direitos Humanos dos detentos, apesar de ser signatário de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos. Diante desses fatos e à luz da Constituição Federal, pretende-se verificar quais medidas vem sendo implementadas pelo Estado no sentido de coibir tais violações.

Para tanto, serão analisados os Direitos Humanos no que diz respeito a sua proteção pelos organismos de Direito Internacional. Destacando-se o sistema regional de proteção dos Direitos Humanos, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Direito Penal relacionado ao Sistema Penitenciário, na tentativa de conhecer, entender, e propor soluções para os inúmeros problemas identificados.

Nesse sentido, surge a seguinte problemática: o Estado brasileiro vem respeitando os dispositivos dos tratados internacionais do Sistema Interamericano, sobre direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, no que diz respeito aos Direitos dos Presos?

Para verificar essa questão, será realizado um estudo aprofundado do tema, utilizando-se do método dedutivo, donde parte-se do geral para o específico; e o método histórico, pois serão investigadas as raízes dos institutos para se alcançar a compreensão de sua natureza e funções atuais; e também as modalidades quantitativa e qualitativa, uma vez que o presente trabalho dependia de informações precisas sobre a atual situação dos presídios brasileiros.

Serão realizadas pesquisas em livros doutrinários no âmbito jurídico, na internet em artigos científicos e livros eletrônicos, para atender a finalidade de trazer dados precisos e atuais.

O trabalho será dividido em três capítulos, com o objetivo de abordar os principais institutos que corroboram com o tema.

O primeiro capítulo analisará o conceito de Direitos Humanos e sua classificação. Far-se-á um apanhado dos direitos humanos dos presos e os

Princípios penais dispostos na legislação interna brasileira, especialmente aqueles dispostos na Constituição da República Federativa de 1988, os da Lei de Execuções Penais e outros princípios aplicáveis ao direito penal.

No segundo capítulo, far-se-á um relato sobre o sistema prisional brasileiro, trazendo dados oficiais sobre a capacidade e a lotação do sistema carcerário no Brasil. Ainda será tratado nesse capítulo sobre as violações aos direitos humanos dos presos por parte do Estado brasileiro. Diante das graves violações estabelecidas no sistema penitenciário brasileiro, será feita uma análise do chamado estado de coisas inconstitucional, o qual foi decretado pelo Supremo Tribunal Federal com base em um pedido formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

E, por fim, o terceiro capítulo explorará os tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, analisando a forma como o país incorpora esses tratados em seu ordenamento interno, as normas internacionais de Direitos Humanos de aplicação cogente, o relato de alguns casos de condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos e as sanções aplicadas ao País por tais descumprimentos.

2 DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS

Neste primeiro capítulo será feita uma análise sobre os direitos humanos em geral, posicionando historicamente o seu surgimento, estabelecendo uma classificação, enumerando os principais direitos humanos dos presos bem como os princípios penais de garantia.

2.1 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos tiveram início no momento em que o homem passou a viver em sociedade, ou seja, desde quando o homem abriu mão de liberdade individual, para viver em pequenos grupos para este fornecesse segurança e proteção.

O maior dos poderes humanos é aquele que é composto pelos poderes de vários homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade: é o caso do poder de um Estado. Ou na dependência da vontade de cada indivíduo: é o caso do poder de uma facção, ou de várias facções coligadas. (HOBBS, 2017, p.33).

Mas na história do mundo moderno, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, é que ocorreu uma maior preocupação em assegurar os direitos humanos de forma geral e irrestrita a todos os seres humanos.

Pelo desrespeito dos Direitos à dignidade humana por parte de alguns Estados europeus, principalmente a Alemanha, provocando o extermínio de determinadas etnias e grupos sociais, no pós-guerra, houve a intenção de vários Estados se organizarem e elaborarem tratados para proteger os Direitos Humanos individuais.

Pelo fato de a pessoa natural estar infinitamente fragilizada diante do poder do Estado, foram criados mecanismos de proteção dos direitos individuais, quando da criação dos organismos internacionais.

A intenção de proteger a dignidade humana encontra-se no centro do conceito de Direitos humanos e está baseado num sistema universal que seja

internacionalmente aceito por todas as Nações.

O enfoque dos problemas contemporâneos pelo prisma dos direitos humanos tem a vantagem de permitir, pelo seu caráter de conjunto de valores articulados em torno dos eixos do indivíduo, da sociedade, e do Estado, a busca de uma ordem complexa, capaz de lidar com demandas muitas vezes contraditórias, ao menos no curto prazo. O respeito das liberdades, as aspirações de reforma e de redução das desigualdades sociais precisam ser equilibradas com as legítimas expectativas de defesa da segurança individual e coletiva, em suma do império da lei e da preservação da governabilidade. É preciso, no entanto não cair na falácia de encarar segurança e direitos humanos como objetivos conflitantes. Pelo contrário, a verdadeira segurança só se alcançará mediante o respeito à lei e ao fortalecimento e modernização dos instrumentos do Estado de Direito. (SABOIA, 2017, p. 36)

No século XX, no pós Guerra surgiu a intenção dos Estados em se reunir para garantir esses direitos a nível internacional, desse modo, assinaram alguns tratados que culminaram com o Surgimento da ONU e em seguida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Estado brasileiro é signatário. (PIOVESAN, 2002, p. 132).

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, na seara internacional desencadeou-se uma disposição dos Estados em limitar o poder do Estado e agir no sentido de proteger os direitos individuais, elevando-se os Direitos Humanos a um patamar de proteção de nível internacional. (PIOVESAN, 2015, p.49).

Para Flávia Piovesan, houve uma necessidade de se estabelecer um sistema atuante e eficaz no sentido de proteger os Direitos Humanos, ao expandir a nível internacional a garantia de tais direitos. (PIOVESAN, 2002, p.131).

Para Richard Pierre Claude e Burns H. Weston:

[...] foi apenas após a Segunda Guerra Mundial – com a ascensão e a decadência do Nazismo na Alemanha – que a doutrina da soberania estatal foi dramaticamente alterada. A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, em especial em fase das consequências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos. Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948 e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do

contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional. [...] (CLAUDE; WESTON, 1989 *apud* PIOVESAN, 2002, p. 133).

Após as atrocidades promovidas pelo nazismo na Alemanha o mundo se deu conta do grave risco que estavam presentes na vida das pessoas perante os Estados com poderes absolutos.

Porém, essa preocupação com os direitos humanos não permaneceu apenas na Europa, se espalhou por todos os continentes e atingiu também o continente Americano que em 1962, através do OEA¹ (Organização dos Estados Americanos) instituiu ao sistema americano de proteção aos Direitos Humanos que tem como principal instrumento o Pacto de São José a Costa Rica² que visa garantir os Direitos Humanos individuais, principalmente os direitos com relação à dignidade e liberdade, objeto de estudo em tela, vejamos o que dispõem o artigo 7º da Convenção interamericana:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

¹ A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi fundada em 1948, em Bogotá, Colômbia, através da assinatura da Carta da OEA, definindo-se com um organismo regional dentro das Nações Unidas. Atualmente, a OEA congrega 35 países, dentre eles o Brasil, baseando-se em princípios basilares como a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento

² Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciários competentes expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (OEA, 2017).

A instituição da Convenção Interamericana de Direito Humanos é um exemplo prático de uma forma de proteger de modo individualizado, o Direito das pessoas em eminência de serem encarceradas.

2.2 CLASSIFICAÇÃO

Far-se-á uma classificação, baseada nos conceitos apontados por Bobbio, que classifica os Direitos humanos em gerações, ou seja, os de primeira geração aqueles relacionados aos direitos inspirados no contratualismo e no individualismo ideal da Revolução Francesa de 1789, e também da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. (LAFER, 1988, p. 126).

Os de segunda geração aqueles Direitos que dizem respeito aos direitos sociais e coletivos.

Ademais, os tratado de terceiras geração aqueles advindos, após as atrocidades cometidas depois da Segunda Guerra Mundial, que visam proteger os direitos de famílias, povos, grupos étnicos e nação.

Alguns doutrinadores, ainda instituem os Direitos de quarta geração, aqueles que visam proteger os Direitos da sociedade contemporânea como os de manipulação genética, mudança de sexo e o direito de escolher como morrer com dignidade, direitos estes, que ainda encontram-se em fase de discussão e regulamentação em muitos países.

Finalmente temos os direitos de quinta geração advindos, da evolução dos meios virtuais de comunicação, tais quais: o direito a imagem a honra, enfim os direitos decorrentes dos meios virtuais.

2.2.1 Direitos Humanos de Primeira Geração

Os direitos humanos de primeira geração tiveram como origem as ideias

baseadas em autores que idealizaram a declaração francesa de 1789 e as declarações das colônias americanas, como a do Estado da Virgínia, que eram pautadas por defenderem os direitos individuais, diante do Estado.

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que esses direitos têm como limite o reconhecimento do direito de outro. (LAFER, 1988, p.126).

Ademais no sentido filosófico Bobbio afirma que essa geração de direitos coloca o homem como centro do direito e critica a promiscuidade entre o Poder político do Estado e a promiscuidade que havia com o poder religioso, ou seja, a secularização do Estado, colocando o Direito individual acima do Direito estatal de intervir na vida privada de forma absoluta. (BOBBIO, 2004, p. 4).

Filosoficamente, pode-se creditar o surgimento e o resguardo dessa geração direita à moral individualista e secular, que colocava o indivíduo como centro do poder e rechaçava, de outra parte, a promiscuidade entre poder político e religioso, assinalando a secularização do poder do Estado (BOBBIO, 1992, p. 60).

Esses Princípios são baseados nos ideais iluministas e no pensamento filosófico de Rousseau, Locke e Montesquieu, principalmente.

Em verdade, há quem assinale que as dimensões de direitos humanos foram separadas conforme o lema da Revolução Francesa de 1789, *liberte, igualei, fraternize*, ao qual a liberdade corresponderia à primeira, a igualdade a segunda e a fraternidade à terceira geração de direitos, sobrevivendo, somente anos depois, as quarta e quinta gerações de direitos humanos, expressão originariamente criada por Karl Vasak na aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo e posteriormente emprestada por Norberto Bobbio (LIMA, 2003).

Portanto, o Direito à Liberdade seria o principal direito, dos que figuram como direitos de primeira geração

2.2.2 Direitos Humanos de Segunda Geração

Após essa implantação e consagração dos direitos de liberdade, passou-se a buscar os direitos a grupos naturais, para grupos de sujeitos, sejam famílias, minorias étnicas ou até mesmo religiosas sociais e prestacionais, como o direito à saúde e a educação.

De segunda geração, são, pois, os direitos ao trabalho, à saúde, à educação, dentre outros, cujo sujeito passivo é o Estado, que tem o dever de realizar prestações positivas aos seus titulares, os cidadãos, em oposição à posição passiva que se reclamava quando da reivindicação dos direitos de primeira geração (LAFER, 1988, p. 127).

Esses direitos foram inicialmente garantidos nos países europeus desenvolvidos e posteriormente se espalhou por outros Estados.

No caso dos Direitos de segunda geração o atendimento dos direitos depende do Estado, requerendo que o Estado através do Direito desempenhe uma função de promoção dos indivíduos na sociedade através da ampliação dos serviços públicos no sentido de atender a uma coletividade. (LAFER, 2004, p.129).

O aparecimento dos “direitos econômicos e sociais” ao lado das “liberdades” nas Declarações é o fruto de uma evolução que se inicia com a crítica logo feita pelos socialistas ao caráter “formal” das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; mas a maioria, porém, seriam sem sentido porque a ela faltariam os meios de exercê-los. De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal? Destarte, a atribuição em realidade para todos do direito de exercer esses direitos fundamentais implicaria uma reforma econômico-social, ou ao menos, uma intervenção do Estado para que o mínimo fosse assegurado à maioria. (FERREIRA FILHO, 1984, p.276).

O Estado deve garantir, portanto a todos os seus governados os direitos sociais, culturais e econômicos, de modo que, o Estado deve ser um aliado da população, pois somente ele, Estado, possui essa capacidade de garantir seus direitos sociais e possibilitar que todos possam exercer o seu direito pleno a liberdade. Para que o indivíduo possa exercer de fato a liberdade de forma plena, há necessidade de ter se condições mínimas de dignidade para propiciar o exercício de forma plena. Não há como alguém exercer o direito a liberdade de locomoção, por exemplo, se essa pessoa não condições mínimas de alimentação ou de saúde, as

condições de uma vida digna mínima deve, portanto ser proporcionada pelo Estado, importante garantir um Estado de bem estar social.

2.2.3 Direitos Humanos de Terceira Geração

Paulo Bonavides, expressa o seguinte pensamento com relação aos direitos de terceira geração e afirma que:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Diante dos fatos após a Segunda Guerra Mundial e as lutas sociais pelo reconhecimento dos direitos civis e políticos a par das dificuldades e das conquistas decorrentes da diuturna luta social pelo reconhecimento e pela eficácia dos direitos civis e políticos, dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos vieram a atender a uma exigência da sociedade ocidental. Sendo valores a serem incorporados no ordenamento jurídicos dos Estados modernos. Estes novos direitos passaram, assim, a figurar como direitos de terceira geração.

Tais direitos, também conhecidos como direitos da solidariedade ou fraternidade, caracterizam-se, assim, pela sua titularidade coletiva ou difusa, tendo coincidido o período de seu reconhecimento ou positivação com o processo de internacionalização dos direitos humanos (TAVARES, 2006, p. 421-422; ALMEIDA, 1996, p. 45).

Para que tais direitos, sejam implementados, faz-se necessário a forte participação do cidadão, requerendo uma atuação coletiva, para a eficácia da aplicação desses direitos na atuação do cidadão individual em relação ao Estado.

É necessária, uma participação popular para forçar aos legisladores que produzam leis no sentido de garantir os sociais e econômicos, positivando esses direitos na legislação pátria, em virtude de que se os mesmos não estiverem explícitos na legislação, torna-se impossível a exigências dos mesmos, por parte do

indivíduo.

2.2.4 Direitos Humanos de Quarta Geração

Tem-se, que os direitos tratados por alguns doutrinadores, como direitos de quarta geração que diz respeito aos direitos que surgem com o surgimento de novos avanços da Ciência, como questões relacionadas à manipulação de embriões, a morte digna com procedimentos que possam abreviar o sofrimento e levar o indivíduo a ter uma morte abreviando o sofrimento para paciente com doenças incuráveis e irreversíveis do ponto de vista da Medicina.

Há doutrinadores, ainda, que reconhecem a existência de uma quarta geração ou dimensão de direitos humanos, que se identificariam com o direito contra a manipulação genética, direito de morrer com dignidade e direito à mudança de sexo, todos pensados para o solucionamento de conflitos jurídicos inéditos, novos, frutos da sociedade contemporânea. Há, ainda, doutrinadores, como o constitucionalista Paulo Bonavides, que entendem que a quarta geração de direitos identificar-se-ia com a universalização de direitos fundamentais já existentes, como os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo, a exemplo (SARLET, 1998, p. 52).

A Constituição da República Federativa do Brasil, entretanto, trata de uma forma superficial a questão de manipulação genética, segundo o artigo 225, II, *in verbis*:

Art. 225, II – Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. (BRASIL, 1988).

Entretanto, com a evolução do conhecimento científico ao longo do tempo vem se aperfeiçoando a legislação brasileira com relação à questão genética, em 24 de março de 2005 foi promulgada a lei de número 11.105 que recebeu o nome de Lei de Biossegurança. A referida lei permite a utilização de células-tronco embrionárias, desde que, sejam obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-

tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou, II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. (BRASIL, 2005).

Essa Lei publicada em 2005 trouxe dúvidas, com relação a questões de ordem de direitos dos genitores, como por exemplo, a questão dos direitos à inviolabilidade previstos no artigo 21 do Código Civil. Como será feito o procedimento do descarte dos embriões congelados após três anos? De onde se tirou esse prazo de três anos? Essas questões ainda precisam ser discutidas e pacificadas pela comunidade científica para posteriormente serem melhor regulamentadas. Houve inversão de valores, criou-se a Lei antes das definições científicas e práticas da sociedade atual.

2.2.5 Direitos Humanos de Quinta Geração

Por derradeiro, os direitos humanos da quinta geração, os quais não são pacificamente reconhecidos pela doutrina, como o são os das três primeiras. Porém, os direitos que por essa geração são reconhecidos, quais sejam, a honra, a imagem, enfim, os “direitos virtuais” que ressaltam o princípio da dignidade da pessoa humana, decorrem da evolução dos meios de comunicação e da internet nos últimos anos.

Alguns autores mencionam a quarta ou até a quinta geração de direitos, que decorrem do avanço da ciência, como da engenharia genética e da era da informática. Entretanto, não há consenso entre os autores a respeito dos direitos inclusos nessas gerações, os quais ainda se encontram em processo de evolução. (SILVA, 2008, p. 149).

Em virtude da Constituição Brasileira de 1998 ter sido elaborada após um longo período de autoritarismo. O legislador se preocupou de forma bastante especial com a questão dos Direitos Humanos, os quais estão, principalmente no artigo 5º e seus incisos e fez questão também de colocá-los no artigo 60 § 4º incluindo-os como cláusulas pétreas no nosso ordenamento jurídico. (SARLET,

2010, p. 65-67).

2.3 DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS

Entre as características das penas aplicadas no Brasil, segundo Fernando Capez, uma delas, é a Humanidade, em que o apenado não deverá ser submetido a um tratamento desumano ou cruel, não poderá sofrer a pena de banimento e nem a pena de morte, conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º. (CAPEZ, 2011, p. 40).

Art. 5º [...] [...] 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; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...] LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.(BRASIL, 1988).

Ademais, de acordo com o artigo 4º, inciso II da Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil, consagra a prevalência dos Direitos Humanos, além desses direitos expressos pela Carta Magna, os direitos humanos encontram-se garantidos em vários artigos de Lei como no Código Penal e também há direitos específicos dos presos colocados em Leis Especiais, como a Lei de execuções penais: LEP, Lei nº 7.210/84, publicada em 13/07/84, ainda a LEP disciplina também a atuação dos agentes do Estado envolvidos com a execução da pena.

Este rol está previsto na Lei de execuções penais no art. 41:

Art. 41 – Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – previdência social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o

mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. [...]. (BRASIL, 1984).

Ademais, a própria LEP dispõe sobre requisitos necessários básicos para o funcionamento de uma penitenciária, a qual também estabelece que o local apropriado para o cumprimento de pena do regime fechado é uma penitenciária.

Art. 87 – A Penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. [...] Art. 88 – O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único: São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência. (BRASIL, 1984).

Dessa forma, verificam-se presentes as garantias legais para possibilitar o cumprimento dos Direitos Humanos, podendo propiciar um tratamento digno aos encarcerados.

2.4 PRINCÍPIOS PENAIIS DE GARANTIA

Os princípios encontram-se, em todos os ramos do Direito e não seria diferente no Direito Penal. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, encontra-se expresso no Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dele é que decorrem os demais:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Existe uma infinidade de princípios utilizados em nosso sistema jurídico, porem nem todos são utilizados pelo Direito penal, segundo nos ensina Gomes:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma

ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado). (GOMES, 2006, p.112).

Nesta mesma linha, Prado ensina que os princípios são os pilares os quais o sistema jurídico brasileiro está assentado.

Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros “pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal”. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais. (PRADO, 2006, p.143).

Destacamos o princípio da Dignidade Humana, do qual emanam os demais princípios de garantias do Direito Penal.

2.4.1 Dignidade da Pessoa Humana

É um princípio que está disposto no Art.1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

É considerado o princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, conforme mencionado por Nucci é um princípio que na verdade é uma meta a ser perseguida pelo Estado democrático de Direito.

No entanto a maioria doutrinária defende ser um princípio fundamental que evita ações arbitrárias e indevidas por parte do Estado em relação ao indivíduo, limitador do poder estatal.

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas

Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. (BOBBIO, 1992, p. 31).

O Estado brasileiro fez constar de forma positivada, na Constituição de 1988, os direitos Humanos, em razão do país ter passado por um longo período de autoritarismo.

2.4.2 Princípio da Individualização da Pena

Previsto no Art. 5º XLVI da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988).

Resumindo, este princípio atua na base de que a pena não pode ser padronizada, não pode seguir à risca os parâmetros estabelecidos por lei, deve considerar-se todas as particularidades individuais do agente e ato praticado.

Nos termos do dispositivo em estudo, o juiz deve levar em conta, de um lado, a 'culpabilidade', os 'antecedentes', a 'conduta social' e a 'personalidade do agente', e, de outro, as circunstâncias referentes ao contexto do próprio fato criminoso, como os 'motivos', as 'circunstâncias do crime', bem como o 'comportamento da vítima'. Diante desses elementos, que reproduzem a biografia moral do condenado de um lado, e as particularidades que envolvem o fato criminoso do outro, o juiz deve escolher a modalidade e a quantidade da sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para atender os fins da pena. (MIRABETE, 2000, p. 293).

Ainda cabe ressaltar quando da dosimetria da pena em que o juiz deverá observar os requisitos o art. 59 do código penal para considerar as características pessoais do agente, para justificar o *quantum* de pena a ser aplicada, portanto é mais

um elemento que a lei institui para garantir a individualização da pena.

2.4.3 Princípio da Personalidade

Disposto também no Art.5º, inciso XLV da Constituição Federal:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (BRASIL, 1988).

Este princípio é taxativo e afirma que a pena não pode passar para outras pessoas, parentes amigos ou alguém indicado pelo mesmo, que não participou do ato ilícito relacionado com aquele crime.

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Fica de forma explícita, que “ao contrário do direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco. (LUIZ, 2002, p. 51).

Este princípio trata-se “de uma conquista do Direito Penal, atuando como uma de suas verdades mais expressivas, no sentido da dignidade e, a sua importância pode ser verificada ao longo da história da evolução da pena. Antigamente, “as penas corporais, pecuniárias ou infamantes poderiam atingir todo o grupo social, ou ainda os familiares do condenado” fato este inadmissível em nosso ordenamento jurídico atual. (SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, p.79).

2.4.4 Princípio da Legalidade

É um princípio constitucional explícito disposto no Art. 5º XXXIX da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, a chamada “Garantia Individual Constitucional”.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à Propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia Cominação legal. (BRASIL, 1988).

Não há crime se não houver lei anterior a culminar em pena. Este princípio origina dois subprincípios: o da Anterioridade e do Reserva legal. Só pode alguém ser condenado por um crime já previsto em Lei criada anteriormente pelo Legislador dentro de um processo legislativo previsto constitucionalmente.

Segundo Capez, estão inclusos no princípio da legalidade dois outros subprincípios: o da reserva legal e o da anterioridade.

Trata-se de garantia constitucional fundamental do homem. O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra — segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade — e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis. (CAPEZ, 2011, p. 57).

O princípio da legalidade no campo penal é uma aspiração do homem, no sentido de impedir a intervenção de um Estado arbitrário na liberdade individual, sem que haja o agente praticado atos previstos nas hipóteses previamente definidas em lei anterior como fato típico. (CAPEZ, 2011, p. 57).

2.4.5 Princípios Implícitos

São os princípios que não estão descritos expressamente no ordenamento jurídico, porém esses princípios são concernentes ao indivíduo, encontram-se fundamentado na Constituição Federal e se orientam de forma intrínseca as garantias humanas fundamentais.

2.4.5.1 Princípio da intervenção mínima

É um princípio ao qual o Estado somente deve utilizar-se do Direito Penal, quando não houver meio menos lesivo para assegurar a paz pública e o convívio Social

Há uma definição da doutrina em que alguns autores afirmam que a Intervenção Mínima se subdivide em duas dimensões: a subsidiariedade e fragmentariedade.

Dimensão da subsidiariedade: traz a ideia de que o direito penal só deverá ser utilizado quando não houver alternativa, buscar o Direito Penal quando um comportamento produz grave lesão a um bem jurídico fundamental.

Figurando esse ramo jurídico como o último a ser utilizado, daí decorre também que, se existir norma extrapenal isentando o sancionamento da conduta ou mesmo sua persecução, este tratamento deverá obrigatoriamente refletir-se na esfera criminal. Afinal, uma atuação subsidiária pressupõe a ineficácia ou insuficiência das medidas principais. Sendo estas consideradas desnecessárias, injustificadas ou excessivas, o mesmo se dirá — e até com mais razão — das penas criminais. (ESTEFAM, 2012, p.126).

Portanto, o Direito Penal não deve ser a primeira opção “*prima ratio*”, e sim a “*ultima ratio*”.

A Dimensão da Fragmentariedade é uma característica da intervenção mínima do Direito penal, pois segundo Capez, há um oceano de irrelevância cercado de ilhas de tipicidade. Entretanto, o crime é apenas um naufrago a deriva, procurando um pedaço de terra para se achegar. (CAPEZ, 2011, p. 36).

Esse princípio embora não expresso na CF/88, deriva do princípio da intervenção mínima, considerando que o estado deverá punir os crimes que afetam bens jurídicos de cunho relevante para a sociedade. O STF tem seguidamente julgados aplicando o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade e da Intervenção Mínima. Como o do HC 96, 852. (STF, HC 96.852, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado em 01.02.2011, DJe 15.03.2011).

Significa que cabe ao Direito Penal atribuir relevância somente a pequenos fragmentos de ilicitude. Existem, assim, inúmeros comportamentos cujo caráter ilícito é conferido pelo ordenamento jurídico, mas somente uma pequena parcela interessa ao Direito Penal, notadamente a que

corresponde aos atos mais graves, atentatórios dos bens mais relevantes para a vida em comum. (ESTEFAM, 2012, p.1270).

Nesses casos de bens jurídicos que não interessam ao Direito Penal, deverá ser aplicado o princípio da insignificância para impedir o que utilize o Direito Penal para situações irrelevantes.

2.4.5.2 Princípio da proporcionalidade

Sua origem tem início na Magna Carta de 1215, nos itens 20 e 21, quando dizia que: “por uma ofensa trivial, um homem livre será punido na proporção do grau de sua ofensa, também tratam da proporcionalidade Montesquieu e Beccaria, sendo que este último o fez dentro do Direito Penal”. Está relacionado à proibição do excesso do Estado em relação ao particular.

Uma vez que direitos fundamentais como vida, dignidade humana, incolumidade física e moral e liberdade não se logram, no plano fático, fazer eficazes frente a agressões diretas partidas de particulares, impõe-se ao Estado um proceder normativamente adequado tendente a garantir ao titular do direito fundamental agredido uma esfera de proteção legal que tenha como efeito mínimo, a promoção de um efeito dissuasório da ação agressiva. Nesse contexto, hipóteses extremas de agressão sujeitam o Estado à adoção de medidas também extremas, as quais passam pelo recurso a normas penais (FELDENS, *apud* ESTEFAM, 2012, p. 131).

Em suma, não deve haver exagero nem generosidade da pena em relação ao delito cometido.

Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas. (CAPEZ, 2011, p. 40).

Para se aplicar uma pena é necessário que haja por parte da sociedade um interesse em proteger o bem jurídico, em relação aos custos e benefícios que trará para a sociedade.

2.4.5.3 Princípio da vedação da punição pelo mesmo fato

Previsão implícita na Constituição Federal, porém, encontra-se insculpido na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu Art.8º, da qual o Brasil é signatário.

O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. (OEA, 1966).

Este princípio também chamado de *ne bis in idem* embora não esteja explícito na Carta Magna de 1988, consagrando o direito a liberdade como um direito fundamental, deriva que amparado em coisa julgada material, deve prevalecer sobre o direito do Estado em acusar, por fato transitado em julgado.

Tal princípio não está consolidado expressamente em preceito constitucional (se comparado com o modelo constitucional alemão, que o prevê expressamente 3). Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, cujo acórdão é da lavra do Ministro Ilmar Galvão, ressaltou que: “A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previsto pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar.” (SILVA, 2008, p.2).

Outro aspecto inerente a este princípio diz respeito à proibição de que o mesmo fato concreto seja subsumido a mais de uma norma penal incriminadora para o mesmo agente, pois o meio utilizado pelo agente pode, contudo, qualificar o delito, tornando mais severa a pena imposta, mas não uma dupla punição. (ESTEFAM, 2010, p.122).

2.4.5.4 Princípio da taxatividade

É um princípio constitucional implícito decorrente da legalidade. O princípio se mostra com uma tangente importância para os elementos decorrentes

do direito penal, pois traz consigo a definição de que todas as penas serem claras, de modo que seus destinatários deverão compreender do que se trata e a forma de sua aplicação.

Conforme ensina Luiz Regis Prado, sobre as peculiaridades e funções da taxatividade:

Procura-se evitar o “arbitrium iudicis” através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuismos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (lex certa). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. (PRADO, 2010 apud DAVICO, 2017).

Resta, demonstrado, portanto, através deste princípio que não poderá existir em nosso ordenamento jurídico leis ou decretos imprecisos ou com interpretação vaga em nosso ordenamento.

Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, deve ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas.

Exige-se, portanto, uma lei certa que diz respeito com clareza dos tipos de ilícito, restringindo-se a elaboração dos tipos abertos que acarretam insegurança jurídica. A doutrina esclarece que enquanto o princípio da anterioridade da lei penal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da Lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. Tal exigência, como é curial, implica em outra: o da necessidade da prévia lei ser escrita. O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* vedada a incriminação através do costume e proíbe a aplicação analógica de normas incriminadoras. (DOTTI, 2005, p.6).

Portanto a Lei penal deverá ser uma lei vinculada às fontes do direito penal e impõem ao Estado o dever de punir nos moldes do que está estritamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, impedindo ao Estado a punição por analogia de lei penal incriminadora.

(...) só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do

momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. (BECARIA, 2011, p.10).

Ainda a lei penal deverá ser prévia, criada antes do cometimento do crime, o magistrado deverá manter-se fiel ao previsto na lei, não poderá, nem mesmo com o objetivo de proteger o bem público aplicar um castigo mais severo do previsto na norma incriminadora estabelecida para o tipo penal.

2.5 AS REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO DA ONU

As regras mínimas para o tratamento dignos dos presos foi instituída pelo 1º Congresso das Nações Unidas, sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes realizado em Genebra, em 1955, e aprovado pelo Conselho Econômico e Social da ONU através de sua resolução 663 CI (xxiv), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas.

Essas regras foram utilizadas por cinqüenta e cinco anos sem nunca haver uma revisão durante todo esse tempo.

Em maio de 2015 a Assembleia Geral aprovou por recomendação da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal recomenda ao Conselho Econômico e Social as Chamadas Regras de Mandela, nome este, adotado em razão de serem aprovadas na África do Sul, país do saudoso líder Nelson Rolihlha Mandela.

Percebe-se a intenção da Assembleia Geral da ONU nos termos iniciais da aprovação das Regras de Mandela:

Guiada pelos propósitos principais das Nações Unidas, proclamados no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal de Direitos Humanos, e inspirada na determinação de reafirmar a crença nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, sem distinção de qualquer tipo, e nos direitos iguais dos homens e das mulheres e de nações grandes e pequenas, para estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações advindas de tratados e outras fontes de direito internacional possam ser observadas e para promover o

progresso social e melhorar os padrões de vida com maior liberdade, Recordando todos os padrões e normas sobre prevenção ao crime e justiça criminal desenvolvidos por solicitação da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal e adotados ou recomendados pela Assembleia Geral, ou adotados pelo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores, e reconhecendo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma fonte de inspiração para os padrões e normas sobre prevenção ao crime e justiça criminal. (BRASIL, 2016, p. 13).

Estas 122 regras, trazidas pela resolução da ONU finalizadas de 18 a 22 de maio de 2015 em Viena, tem objetivo ampliar os princípios básicos das regras mínimas de proteção aos presos instituídas em 1955 pela ONU, incluindo a proibição absoluta de tortura e outros maus-tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Segundo o assessor jurídico da Anistia Internacional, Yuval Ginbar, que se fez presente na reunião em Viena, afirma que:

As Regras de Mandela podem ser o anúncio de uma nova era na qual se respeitem plenamente os direitos humanos dos presos”, “As Regras, se aplicadas plenamente, contribuiriam para que o encarceramento deixasse de ser um tempo desperdiçado de sofrimento e humilhação para converter-se em uma etapa de desenvolvimento pessoal que conduzirá à libertação, em benefício de toda a sociedade. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2017).

Assegura-se a independência dos médicos e se estabelece amplas restrições sobre as medidas disciplinares, como a proibição de aplicar o regime de isolamento por mais de 15 dias, entre tantas outras disposições que vem proteger e resguardar o direito dos presos, diante do poder estatal.

Destaca-se as palavras do Próprio Mandela “Dizem que não se conhece um país realmente até que se esteja em seus cárceres. Não se deve julgar uma nação por como trata seus cidadãos mais privilegiados, mas os mais desfavorecidos.”. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2017).

2.6 TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS DOS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais, que visam a proteção internacional dos direitos humanos. Os Tratados internacionais de proteção

dos direitos humanos são divididos em dois grupos, quais sejam: o sistema global e o sistema Regional ou Interamericano.

Segundo Mazzuoli, o surgimento do Sistema Global de proteção dos Direitos Humanos se deu em virtude das seguintes razões:

A partir da emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, surge no âmbito da ONU um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter geral (a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) como de caráter específico (v.g., as convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.). Revolucionou-se, a partir desse momento, o tratamento da questão relativa ao tema dos direitos humanos. Colocou-se o ser humano, de maneira inédita, num dos pilares até então reservados aos Estados, alçando-o à categoria de sujeito do direito internacional público. Paradoxalmente, o direito internacional, feito pelos Estados e para os Estados, começou a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra os próprios Estados, únicos responsáveis reconhecidos juridicamente, querendo significar esse novo elemento uma mudança qualitativa para a sociedade internacional, uma vez que o direito das gentes não mais se cingiria aos interesses nacionais particulares. (MAZZUOLI, 2014, p. 48).

No âmbito internacional essa competência está mais a cargo da Organização das Nações Unidas, através de seu órgão especial de Direitos Humanos, ou seja, o Conselho de Direitos Humanos.

Declarações de direitos humanos e tratados dos quais o Brasil deverá observar:

- a) Sistema Global: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), Declaração de Pequim adotada pela quarta conferência sobre as mulheres: ação para igualdade, desenvolvimento e paz (1995),
- b) Sistema regional interamericano e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). (CARVALHO, 2017).

Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil:

- Convenção para Prevenção e a Repressão do crime de genocídio (1948)
- Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)
- Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966)
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)
- Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)
- Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965)
- Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979)

Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1999)
 Convenção contra a tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanas ou degradantes (1984)
 Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989)
 Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de criança, à prostituição infantil e à pornografia infantil (2000)
 Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados (2000)
 Convenção das Nações Unidas contra corrupção (2000) – Convenção de Mérida. (CARVALHO, 2017).

Cabe destacar no Sistema Regional de Direitos Humanos, as convenções e protocolos aos quais o Brasil se submeterá no Continente Americano:

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica
 Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979)
 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1988) – Protocolo de San Salvador
 Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes à abolição da pena de morte (1990)
 Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985)
 Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher (1994) – Convenção de Belém do Pará
 Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994)
 Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (1999) (CARVALHO, 2017).

Diante de todos esses tratados internacionais que visam proteger os direitos humanos fundamentais não há como negar que o Brasil esteja amparado de forma adequada para proteger os direitos humanos dos cidadãos privados de liberdade.

No sistema interamericano de direitos humanos compete à Corte Interamericana processar e julgar um Estado-parte (na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) por violação dos direitos humanos de pessoa sujeita à sua jurisdição. Não importa a nacionalidade da vítima que sofreu a violação de direitos humanos, bastando que o cidadão tenha sido violado em seus direitos no âmbito da jurisdição de um Estado-parte na Convenção Americana (que tenha aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana). A vítima de uma violação estatal pode peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que tem sede em Washington, Estados Unidos). A Comissão, após certo Procedimento interno (e se o Estado já tiver aceitado a competência contenciosa da Corte Interamericana), demanda o Estado em causa perante a Corte (que tem sede em San José, Costa Rica). A Comissão ingressa com verdadeira ação de responsabilidade contra o Estado autor da violação de direitos humanos, nos moldes das ações propostas no Judiciário interno segundo as regras do processo civil. (MAZZUOLI, 2014, p. 35).

Há sempre de se encontrar uma forma jurídica de impedir a violação dos direitos humanos do preso por parte do Estado brasileiro.

2.6.1 Aspectos Gerais dos Tratados

Os tratados existem há muitos séculos. Nesses tratados entre Estados e Soberanos eram respeitados os princípios da boa fé e do cumprimento do acordo entre as partes. Mas segundo o autor Valério de Oliveira Mazzuoli:

[...] surgiu a necessidade de se codificar o Direito dos Tratados, desenvolvendo-o, contribuindo, ademais, para a consecução dos propósitos das Nações Unidas enunciados na sua Carta, consistentes em manter a paz e a segurança internacionais, fomentar entre as Nações as relações de amizade e realizar a cooperação internacional. (MAZZUOLI, 2004, p.36/37).

Afirma ainda Mazzuoli que:

[...] era necessário não perder de vista os princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da igualdade de direitos, da livre determinação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, da não-intervenção nos assuntos internos do Estados, da proibição da ameaça ou uso da força, do respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos e da efetividade de tais direitos e liberdades, insculpidos no seu art. 1º, itens 1,2,3 e 4. (MAZZUOLI, 2004, p. 37).

Após a Declaração dos Direitos humanos da ONU em 1948, muito se batalhou para se chegar a um consenso sobre os tratados em internacionais. Só em 1969 depois de muitas negociações chegou-se a um consenso e adotada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Segundo Flavia Piovesan:

A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena que, concluída em 1969, teve como finalidade servir a Lei dos Tratados. Contudo, limitou-se aos tratados celebrados entre os Estados, não envolvendo os tratados dos quais participam organizações internacionais. (PIOVESAN, 2002, p.68).

O Brasil recebeu o texto da Convenção de Viena em 1992, mas só ratificou em 2009, durante todo esse tempo anterior a 2009 as normas vigentes

eram de acordo com os costumes internacionais.

Atualmente os tratados internacionais são as principais fontes do Direito Internacional, que garantem estabilidade e segurança para os direitos dos indivíduos, pois esses direitos mais transparentes e autênticos.

Nas palavras de Valério Mazzuoli:

Os tratados internacionais se baseiam na vontade livre e conjugada dos Estados, e essa liberdade de atuação internacional deve ser resguardada a qualquer preço, pelos poderes internos, na medida em que os tratados é que transformam o direito internacional público num complexo de normas reguladoras da sociedade mundial, transformando-o num direito dinâmico, representativo e expressivamente autêntico. (MAZZUOLI, 2004, p. 430).

Neste mesmo sentido, Celso Duvivier de Albuquerque Mello define:

Os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do Direito Internacional, não só devido à sua multiplicidade mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles. Por outro lado, o tratado é hoje considerado a fonte do Direito Internacional mais democrática, porque há participação direta dos Estados na sua elaboração. (MELLO, 2002, p.204).

Nas palavras de Mazzuoli, os tratados podem ser bilaterais quando envolvem dois Estados ou multilaterais quando participam mais do que dois Estados, os quais, visam atender aos interesses comum desses membros.

De acordo com Mazzuoli, o conceito decorre do artigo 2º, § 1º, a, da Convenção de Viena de 1969.

(Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados). § 1. Para os fins da presente Convenção: a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (BRASIL, 2009).

Conceito este trazido pela Convenção de Viena deixa explícito que o Tratado Internacional é um acordo formal, regido pelo Direito Internacional, celebrado entre Estados elementos essenciais para produzir os efeitos ali propostos.

Neste mesmo sentido de entendimento o Ex Ministro Francisco Rezek conceitua o tratado internacional como:

Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos. Na afirmação

clássica de Georges Scelle, o tratado internacional é em si mesmo um simples instrumento; identificamo-lo por seu processo de produção e pela forma final, não pelo conteúdo. Este — como o da lei ordinária numa ordem jurídica interna — é variável ao extremo. Pelo efeito compromissivo e cogente que visa a produzir, o tratado dá cobertura legal à sua própria substância. (REZEK, 2011, p. 143-144).

Nas palavras do Ex Ministro Rezek, ficando demonstrada a obrigação dos Estados em cumprirem de forma obrigatória o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos: tendo o efeito obrigatório e cogente.

Há quatro correntes quanto à hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil:

Uma corrente doutrinária que defende a natureza supraconstitucional. É uma corrente minoritária do Direito Constitucional de difícil aceitabilidade, mas que se tratando de Direitos Humanos Fundamentais é plausível de serem defendidos por alguns autores, incluindo os doutrinadores Bidart Campos e Celso Albuquerque de Mello.

Antônio Augusto Cançado Trindade, afirma que:

É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (TRINDADE, 2014, p. 184).

Esta corrente entende que o ordenamento internacional ocupa posição superior a Constituição Federal. Esta afirmação vem a combinar com a redação do art. 5º, § 2º da CF que “não permite ao constituinte originário excluir direitos humanos que já tenham sido consagrados em âmbito internacional.”

Há outros que afirmam que os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional. Os tratados são incorporados com força de norma constitucional. Essa corrente é defendida por doutrinadores, como a professora Flavia Piovesan, com argumentos no Art. 5º. § 2º da Constituição Federal.

Diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática,

enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática. (PIOVESAN, 2015, p. 162).

Ainda argumenta Piovesan que os Tratados de Direitos Humanos tem natureza materialmente Constitucional por serem fundamentais.

Essa interpretação se retira do próprio artigo 5º, § 2º da CF, segundo Mazzuoli:

O §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 tem um caráter eminentemente aberto (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, o que passa a revelar o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais (princípio de não identificação ou da cláusula aberta). (MAZZUOLI, 2002, p.239).

Dessa forma, pode-se concluir baseado no § 2º do Art. 5º da Carta da República de que os tratados Internacionais de Direitos Humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com o status de normas constitucionais.

Porém há aqueles de defendam os tratados internacionais de direitos como de natureza equivalente a Lei Federal Ordinária. Esse entendimento deriva do Recurso Extraordinário n. 80.004, decidida no ano de 1977. Neste julgamento, o STF acolheu o sistema que equiparava juridicamente todos os tratados internacionais à legislação federal, admitindo a hierarquia infraconstitucional e concluindo pela aplicabilidade do princípio *lex posterior derogat priori* (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível).

[...] o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. (PIOVESAN, 2015, p.128).

Neste seara cabe uma crítica ao STF, que como pode um Estado livre em pleno exercício de sua soberania assina e ratifica um tratado e posteriormente nega seu cumprimento. Esta decisão do Supremo Tribunal Federal violou o artigo 27 da

Convenção de Viena, que disciplina os Tratados Internacionais.

Esta posição foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal por muito tempo, até a publicação da Emenda Constitucional número 45 em 2004, que a partir de então os tratados que forem aprovados seguindo o disposto no § 3º da EC 45/2004.

Tem-se também por derradeiro um segmento doutrinário que afirma serem os tratados internacionais de direitos humanos, de natureza infraconstitucional, mas supralegal. Em 2008, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese da Supralegalidade. Abaixo da Constituição, mas acima das Leis.

O Supremo firmou, assim, orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Convergiu, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos status constitucional. (PIOVESAN, 2015, p.143).

Cabe destacar aqui o voto do Eminentíssimo Decano do STF Ministro Celso de Mello (que anteriormente era a favor da paridade hierárquica entre tratado e lei federal) alterou seu posicionamento sobre a prisão do depositário infiel e consequente posição a favor da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos no Recurso Extraordinário nº 466.343, ao afirmar que:

[...] após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores, evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalização das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, qualificação constitucional. (STF, 2015).

Dessa forma, a partir desse entendimento do Supremo Tribunal Federal os tratados aprovados antes da aprovação da Emenda Constitucional número 45 obedecem essa hierarquia.

Porém, os tratados de Direitos Humanos, aprovados após a publicação da Emenda Constitucional número 45 e que atendam ao *quorum* qualificado de dois terços dispostos no artigo 5º, § 3º passam a ter o *status* de Emenda Constitucional.

§ 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). (BRASIL, 1988).

Destaca-se que apenas os tratados que passarem por esse rito é que adquirem a hierarquia de Emenda Constitucional, não se trata de um rito obrigatório para os tratados de Direitos Humanos.

Até década de 1990, os conflitos entre tratados e a CRFB/88 e os tratados internacionais eram resolvidos em razão da hierarquia normativa, ou seja, sempre prevalecia a CRFB/88. (SOARES,

Esta era a forma de admissão de um tratado internacional no ordenamento brasileiro:

Celebração do Tratado;
Assinatura;
Congresso Nacional;
Decreto Legislativo;
Parâmetro de Controle de Constitucionalidade;
Presidente da República;
Decreto Presidencial;
Lei Ordinária Federal. (SOARES, 2017).

A solução veio com a promulgação da Emenda Constitucional número 45/2004 que disciplinou no ordenamento jurídico brasileiro a “elevação” dos tratados internacionais ao patamar de Emenda Constitucional, ao incluir no artigo 5º, § 3º da CF/88, que assim dispõe:

Art. 5º § 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). (BRASIL, 1988).

Dessa forma, ficou definida a hierarquia que os tratados internacionais que dispõe sobre direitos humanos no Brasil estão igualados as normas Constitucionais.

Valério de Oliveira Mazzuoli ensina que:

[...] seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo de se

igualar hierarquicamente os tratados de proteção dos direitos humanos às normas constitucionais, deu um grande passo rumo à abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos. (MAZZUOLI, 2004, p. 358).

Houve uma, certa demora para que o Estado brasileiro promovesse essa adequação dos tratados de Direitos Humanos, em razão, do sistema ditatorial que o Brasil viveu até a promulgação da Constituição da República de 1988, período dos governos militares.

Segundo ensina Flavia Piovesan os indivíduos passam a ter direitos de acionar os organismos internacionais para buscar seus direitos violados pelo Estado brasileiro:

[...] a reinserção do Brasil na sistemática de proteção internacional dos direitos humanos vem a redimensionar o próprio alcance do termo cidadania. Isto porque, além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais. Vale dizer, os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir desta conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2002, p. 261/262).

Os indivíduos recebem uma proteção especial a nível internacional que poderá ser suscitada quando violados esses direitos, pelo Estado que tem o dever de garantir os direitos fundamentais a seus cidadãos, que em razão de sua natureza de proteger a dignidade humana, isto é, tem um fim em si mesmo, o Estado poderá sofrer uma limitação em sua soberania. Limitando o seu poder em favor dos direitos humanos individuais.

2.7 NORMAS INTERNACIONAIS COGENTES

O Estado não pode se considerar isolado dentro de um sistema jurídico internacional. Deve-se haver uma normatização uniforme a ser adotada pelos Estados membros dos tratados dos quais faz parte, conforme especifica Antonio Cançado Trindade:

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos

gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensão e indemonstrável 'competência nacional exclusiva'. Esta última (equiparável ao chamado 'domínio reservado do Estado') afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida tendo em mente o Estado in abstracto (e não em suas relações com outros Estados) e como expressão de um poder interno, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação, claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais. (TRINDADE, 1991, p. 3-4).

Os estados possuem, portanto, uma limitação da soberania em se tratando da proteção dos direitos básicos da pessoa humana perante os organismos internacionais de direitos humanos que poderão agir limitando a atuação do Estado.

2.7.1 Jus Cogens

De acordo com a convenção de Viena de 1969, *Jus Cogens*, significa:

Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (BRASIL, 2009).

A *norma Jus Cogens*, é aquela que aceita por todo o complexo internacional, e não é possível sua alteração, exceto por outra da mesma espécie, orientando assim de forma definitiva. (MAZZUOLI, 2011, p. 106).

A convenção de Viena sobre Tratados Internacionais, ademais consagrou nos seus artigos 53 e 64 a noção de jus cogens como norma imperativa de Direito Internacional Geral reconhecida pela sociedade internacional do Estados, no seu conjunto, em relação aos quais nenhuma derrogação, em regra, é permitida. Normas de Direito Internacional geral são normas, em princípio, costumeiras (nada impedindo que, posteriormente, venham ser positivadas em tratados). São costumeiras pelo fato de ser praticamente impossível existir norma internacional da qual sejam: partes todos os Estados do mundo. Esse conjunto de normas imperativas, capaz de eivar de nulidade todo e qualquer tratado que com elas conflite, demonstram a aceitação geral, pela Convenção de Viena de 1969, de alguns dos princípios do Direito Natural. Tais regras de jus cogens impõem, pois,

limitação à autonomia da vontade dos Estados, o que se justifica na medida em que visam a proteção dos interesses individuais dos Estados, bem como a proteção destes contra as próprias fraquezas ou contra as desigualdades do bargainingpower.

Mazzuoli reforça o conceito disposto na Convenção de Viena, afirmando categoricamente que qualquer tratado que venha conflitar com essas normas imperativas, serão declaradas nulas.

Em se tratando de certas normas de Direitos Humanos, os Estados partes deverão adotar o procedimento *Jus Cogens* cuja eficácia e aquiescência independe da vontade do sujeito de direito internacional, neste caso, o Estado brasileiro.

3 SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Diante das últimas rebeliões ocorridas no Sistema prisional brasileiro o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) elaborou um relatório sobre a situação dos presos no Brasil, indicando que, a cada três presos no país, um está em situação provisória, aguardando julgamento.

Ao todo, segundo o parecer do CNJ, o país tem atualmente 654.372 pessoas presas. Desse total, 433.318 já foram condenadas (66,2%), enquanto 221.054 (33,7%) estão em situação provisória. (CNJ, 2017).

O relatório do Conselho Nacional de Justiça foi elaborado diante da crise no sistema carcerário do país. No início de 2017, rebeliões e massacres deixaram dezenas de mortos em penitenciárias do Amazonas (56), do Rio Grande do Norte (26) e de Roraima (31).

Além disso, cerca de 30 presos fugiram de uma cadeia no Paraná e outros dez ficaram feridos após motim em um presídio em Minas Gerais.(CNJ, 2017).

O relatório elaborado pelo CNJ tem como objetivo apresentar informações que ajudem na elaboração de planos de ação para acelerar processos de réus presos.

No documento, também há informações sobre os estados. O Conselho Nacional de Justiça cita o caso de Sergipe, por exemplo, onde 82% da população carcerária é formada por presos provisórios.

Por outro lado, o estado de Amazonas é a unidade da federação com a menor proporção de presos provisórios para os presos totais: 14%.

O relatório trouxe também informações com relação aos crimes praticados: Ainda de acordo com o relatório do CNJ, a maior parte dos presos provisórios está detida pelos seguintes crimes:

Tráfico de drogas (29%);

Roubo (26%);

Homicídio (8%);

Furto (7%);

Receptação (4%).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, os presos provisórios ficam detidos no país, em média, 368 dias. A média em Pernambuco, no entanto, é bem maior: 974 dias. Enquanto isso, em Roraima, a média é de 172 dias. (CNJ, 2017).

3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A situação nas celas das penitenciárias brasileiras fica aquém do previsto nos dispositivos legais, conforme afirma Assis:

A superlotação das celas, sua precariedade e insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais, como também a má-alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. [...]
Desta forma, acaba ocorrendo a dupla penalização do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere.
(ASSIS, 2007, p. 75).

Infringindo dessa forma, portanto os princípios dos direitos fundamentais, que garantem o direito à saúde e à dignidade humana.

Dessa forma, o condenado é punido duplamente. A primeira punição decorre da pena propriamente dita e a segunda advém das más condições oferecidas pelo sistema prisional brasileiro que são péssimas e desumanas.

Segundo o relatório do Conselho Nacional de justiça de 2014 os números são os seguintes:

Total de pessoas presas 563.526, incluindo as prisões domiciliares, esse número chega a 711.463.

Déficit de Vagas no sistema 206.307.

Incluindo as prisões domiciliares o déficit sobe para 354.244.

O Brasil é o país que possui o maior número presos por grupo de 100.000 habitantes, sendo esse número 358 presos, quando comparado com África do Sul, 294; México, 212; Argentina, 149 e Alemanha, 78 presos para um grupo de cem mil habitantes.

Considerando o número total de presos no sistema, o Brasil é o quarto país do mundo e se incluído as prisões domiciliares o País, salta para o terceiro lugar, atrás de Estados Unidos e China apenas.

Outro dado importante é o número de mandados de prisão em aberto no Brasil, 373.991, se somado o total de pessoas presas com os Cumprimentos de mandados de prisão em aberto obter-se-á o número de 1.085.454, gerando um déficit de vagas 728.235, agravando mais o problema da superlotação do sistema carcerário.

3.2 MANIFESTAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

As garantias legais durante a execução da pena estão previstas em vários diplomas legais. Em nível internacional a Declaração dos Direitos Humanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes que visam proteger e garantir a dignidade do homem preso.

No Brasil tem-se no ordenamento pátrio a Constituição Federal em muitos artigos, mas principalmente no artigo 5º em vários incisos.

A prisão é um mecanismo de punição utilizado pelo Estado para o indivíduo que transgrediu a norma vigente.

Távora, sobre o conceito de prisão, afirma que:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva. No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente, devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida como prisão cautelar, provisória ou processual, que milita âmbito de excepcionalidade [...]. (TAVORA, 2012, p. 545).

A base constitucional para a prisão encontra-se no art. 5º, LXI, da CRFB 88, Que assim dispõe: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem

escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

O dispositivo constitucional explicita as hipóteses em que o Estado poderá restringir os direitos de liberdade do indivíduo. São hipóteses taxativas vinculantes

Há, portanto, um controle de legalidade da prisão, disposto no art. 5º, LXV que assim apregoa: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

É imperativo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. [...] Além disso, não se pode olvidar que, mesmo a prisão decretada por magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização de instrumentos cabíveis, entre eles o *habeas corpus* [...]. Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar – nesse caso válido apenas para o juiz – prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. (NUCCI, 2011, p. 576)

No Brasil o sistema prisional apresenta-se numa situação caótica, como afirma Gomes:

A situação caótica dos presídios brasileiros agrava-se a cada dia. Apesar das advertências da Comissão e da Corte Interamericanas (casos Urso Branco, Araraquara, Tatuapé etc.), nada de sério e revolucionário vem sendo feito (ou testado). Cada governo empurra o problema com a barriga. A reação de alguns setores da Magistratura brasileira vem se avolumando. É perfeitamente previsível a chegada do dia apocalíptico. Veremos uma cadeia de rebeliões, tragédias e mortes (tudo fruto de uma sincronia perfeita entre as várias organizações criminosas que se espalham pelos presídios brasileiros). Antes da chegada desse flagelo terrível, que vai colocar o Brasil nas manchetes de todos os jornais no mundo inteiro, muitos serão os juizes que vão chocar a opinião pública (liberando presos, interditando cadeias e penitenciárias etc.). (GOMES, 2009).

Diante da atual situação das prisões brasileiras, o objetivo da ressocialização do indivíduo, sendo uma das finalidades da prisão, vem definitivamente sendo descartado em razão dessas péssimas condições.

Evidente superlotação, que além de provocar amontoamento de presos, dificulta funções e serviços básicos, como alimentação, saúde, higiene, segurança, trabalho, educação, recreação e assistências em geral; Presos em delegacias ou cadeias públicas à espera de uma vaga nas prisões, eis que a insuficiência de vagas nos cárceres é situação rotineira; Situações estruturais totalmente comprometidas, com instalações inadequadas, celas sem lavatório, cama, colchões ou lençóis, com infiltrações, baratas, pulgas, percevejos e ratos, aonde não penetram raios

do sol e onde o odor fétido de urina e excremento, acumulados em pequenas cubas ou sacos de plástico, torna-se insuportável, em completo abandono as mais elementares normas de higiene;Alto índice de doenças e absoluta ausência de tratamento médico;Reclusos sadios com doentes mentais, e estes últimos sem tratamento adequado e acorde com os preceitos médicos e legais;Elevada taxa de suicídios e homicídios realizados das mais aterrorizantes formas: presos decapitados, esquartejados, mutilados, degolados;Violência sexual, muitas vezes cometidas por presos diagnosticados como soropositivos ou aidéticos;Rebeliões, motins, e crime organizado, onde os próprios presos aplicam sanções, decidem quem deve viver ou morrer, comandam a extorsão, o narcotráfico e o mercado do sexo;Abuso de poder e corrupção de agentes penitenciários e autoridades que fazem cobrança ilegal de serviços e pagamentos de cotas por proteção ou para liberação de castigos físicos;Maus-tratos, torturas, castigos físicos, por parte dos agentes penitenciários e policiais;Presos cumprindo condenação superior à fixada na sentença, sem desfrutar de trabalho externo, liberdade condicional ou outros benefícios da lei;Presos sem condenação, ou que tenham sido absolvidos ou condenados apenas inferior ao tempo do encarceramento sem que recebam qualquer indenização;Presos tendo que ceder a própria esposa ou filha donzela, no dia de visita, ao líder da cela, da rua ou do pavilhão, sob ameaça de represálias;Prisões onde mulheres e crianças são encarceradas junto com homens, e as autoridades fingem desconhecer estupro diário e sistemático de uma jovem de 15 anos, detida numa cela com cerca de trinta presos, durante 24 dias, forçada a manter relações sexuais para não morrer de fome;Prisões onde jogam futebol com a cabeça de presos mortos;Prisões onde o trabalho é um prêmio e os internos ocupam seu tempo ocioso, Perdido tecendo os fios de rebeliões e fugas, que serão mais tarde exploradas por manchetes dos jornais e pelos noticiários da televisão que anunciarão de maneira destacada seu enfrentamento com a polícia e talvez seus óbitos; Prisões onde não há água potável e os alimentos que se servem, sem nenhuma regularidade, contêm resíduos fecais; Prisões onde os encarcerados se suicidam em protesto e dor e se amotinam ante a lentidão de seus processos. . (LEAL, 2010, p.96-98).

Com base no relato do Procurador Cesar Barros Leal, pode-se dizer que as prisões brasileiras, da forma com se apresentam, são verdadeiras escolas do crime e depósitos de seres de segunda classe e doentes contaminados dentro das prisões, pagando de forma dupla a sua pena, a primeira pela restrição da liberdade e a segunda com sua saúde senão muitas vezes com a própria vida, em razão de doenças contagiosas adquiridas na prisão, em virtude de um Estado que não garante as condições mínimas de higiene e saúde no interior da prisão, para aqueles que estão sob sua responsabilidade.

Na legislação infraconstitucional o Direito dos presos encontra-se consagrado no Código Penal e mais especificamente na Lei de execuções penais.

Mas por uma série de problemas vivenciados na sociedade brasileira atualmente o Estado brasileiro não vem dando conta do sistema prisional e a situação está se tornando insustentável, e com isso, decorre uma série de

violações dos direitos dos presos, por incapacidade de aplicação das normas vigentes em razão do mau aparelhamento em que se encontra o Estado brasileiro.

A incapacidade de controle pelo poder público sobre a população carcerária, a falta de apoio ao egresso para reinserir-se na comunidade, a falta de preparo dos agentes penitenciários, além do descaso do Estado aos direitos dos presos, ao não assegurar condições elementares de encarceramento (assistência jurídica, social, médica), evidenciam a realidade alarmante e preocupante das prisões brasileiras. (MARTINS, 2013, p. 36).

Essa incapacidade do Estado está relacionada desde a má formação profissional dos agentes, problemas no espaço físico, falta de vagas, atendimento médico adequado, e a falta de recursos, que são contingenciados.

3.2.1 Violação do Direito à Vida

O direito à vida, constitucionalmente previsto no artigo 5º Caput da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o direito elementar, do qual decorrem os demais.

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2010, p. 441).

O Estado deve garantir o direito à vida do encarcerado, proporcionando segurança de modo a garantir-lhe a vida. Isso deve ocorrer de duas formas: a primeira garantindo as condições mínimas dispostas na Lei de execuções penais, evitando um depósito de pessoas, impedindo desse modo, que os próprios detentos coloquem em risco a vida do outro, e a segunda impedindo que agentes do Estado, despreparados tirem a vida de pessoas encarceradas.

Um exemplo típico foi ocorrido no Carandiru, onde cento e onze presos foram massacrados pela polícia de São Paulo, e ainda hoje, mais de vinte anos

após, o Estado brasileiro não solucionou totalmente essa situação.

O caso é o mais conhecido em que o Estado brasileiro violou o direito à vida dos encarcerados que estavam sob sua responsabilidade.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – responsabilizou e condenou o Estado Brasileiro pelo não cumprimento das suas obrigações em relação aos artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, referentes à garantia do direito à vida e à integridade da pessoa. Recomendou ainda a realização de uma investigação imparcial e efetiva para apuração dos responsáveis pelo Massacre do Carandiru, a indenização das vítimas e seus familiares, e a adoção de políticas adequadas para acabar com a superlotação das prisões e garantir a segurança dos presos. (CTV, 2006, p.1).

O Brasil, em 2009, se comprometeu a cumprir as determinações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a responsabilidade moral pelo Massacre do Carandiru. (BOURNIER, 2001, p. 1).

No entanto as recomendações resultaram parcialmente cumpridas. Segundo Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos:

Mais de treze anos do ocorrido massacre, apenas oito famílias começaram a receber o dinheiro das indenizações. Somado a isso, ninguém recebeu o valor integral da indenização. Alguns processos ainda não resultaram em condenação, dado que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não reconheceu a responsabilidade do Estado no massacre. A defesa entrou com recurso desses casos, que estão agora sendo julgados em Instância Superior. (CTV, 2006, p.1).

Portanto, mesmo com o compromisso do Estado brasileiro juntos aos organismos internacionais, principalmente com relação ao Pacto de *San José da Costa Rica*, as medidas vêm sendo cumpridas de forma lenta e parcial, não atendendo aos princípios dos quais, o Brasil se sujeitou, quando em 1998 ratificou o tratado de *San José*.

3.2.2 Violação da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, com o *status* jurídico-normativo de princípio e valor fundamental no âmbito de nosso ordenamento constitucional.

Conforme descrito por Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que manifesta singularmente a autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p. 24).

Ainda nessa mesma linha de entendimento, Nestor Távora, aduz que:

Há dois primas para o princípio constitucional regente da dignidade humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV, da Constituição Federal. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de responsabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. (TÁVORA, 2012, p. 90).

Nesse sentido, apesar do indivíduo encontrar-se encarcerado, cumprindo a penalidade prevista na sentença, não é permitido ao Estado, que imponha ao preso uma pena adicional de privação de outros direitos, que venha impossibilitar o indivíduo de possuir uma vida digna e ter seus direitos a dignidade relativizados pelo Estado, estando o cidadão com sua liberdade suspensa. A pena é suspensão da liberdade, estabelecida na sentença e não estão incluídas outras penalidades que violem a dignidade humana.

3.2.3 Violação da Integridade Física e Psicológica

A violência psicológica está presente em situações como humilhações, pronúncia de nomes pejorativos, intimidação, banalização e outras agressões psíquicas que afetam a dignidade humana do preso.

Segundo disposto pelo Art.40, da Lei de execuções Penais “Coloca-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”, de acordo com este artigo é nítido o desejo do legislador em preservar os direitos das pessoas privadas do direito a liberdade, do direito as

garantias da integridade física e psicológica, que foi incluído de forma expressa na legislação brasileira, através da Lei 7210/84. (BRASIL, 1984).

Alexandre de Moraes, afirma que os sofrimentos físicos e psíquicos estão inclusos dentro do conceito de tortura:

[...] dentro da noção de penas cruéis deve estar compreendido o conceito de tortura ou de tratamento desumanos ou degradantes, que são, em seu significado jurídico, noções graduadas de uma mesma escala que, em todos os seus ramos, acarretam padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre. (MORAES, 2005, p. 235).

E a convenção interamericana para prevenir e punir a tortura da OEA, em seu artigo 2º conceitua tortura:

...todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. (OEA, 1985).

Caracterizando desse modo flagrante descumprimento dos direitos fundamentais dos presos a violação a integridade física e psíquica dos encarcerados.

3.2.4 Violação do Direito à Saúde

O Direito à saúde é cláusula pétrea, consagrada no artigo 196 da CF/88:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Não podendo, o direito à saúde, expresso na Magna Carta, ser negado àqueles que se encontram cumprindo as medidas impostas pelo sistema penal.

No entanto, as más condições no sistema prisional brasileiro, violam de forma flagrante o direito a saúde dos presos.

Há inúmeros casos de pessoas que foram encarceradas saudáveis e que adquiriram moléstias graves e contagiosas na prisão. Doenças essas que na sociedade atual, estão praticamente extintas, como é o caso da tuberculose, mas que nas prisões brasileiras vem fazendo novas vítimas a cada dia.

Falar em saúde no sistema prisional não é só falar em implementar equipes e serviços médicos dentro dos estabelecimentos prisionais, é falar também, em fiscalização, vigilância estatal. Educação, revisão das estruturas, saneamento, ou seja, é alargar a compreensão de saúde e doença (KOLLING, 2012, p. 296).

Os encarcerados encontram-se esquecidos pela sociedade e esse comportamento, não é diferente na área da saúde.

Dentro da lógica dos negligenciados (aqueles que são esquecidos pelo Estado), a partir da saúde no sistema prisional, pode-se dizer que um dos expoentes mais fortes de negligência diz respeito aos encarcerados: muitos deles sequer são contabilizados no tocante ao investimento em saúde. E mais: os estabelecimentos prisionais são demasiadamente insalubres, e os serviços de saúde são infinitamente insuficientes e carentes; a prova disso é a consolidação de uma política pública específica para o Sistema Prisional. (...) O direito à saúde pretende ser um direito inclusivo, mas acaba sendo um direito de exclusão. Não se pode utilizar a expressão “menefrego” (expressão popular na língua italiana que significa “não estou nem aí”) para eles (os negligenciados que estão “esquecidos” dentro do sistema prisional); precisamos utilizar a linguagem que constrói pontes de fraternidade, pontes que nos auxiliarão a vê-los como iguais. Os negligenciados, na perspectiva da “saúde no sistema prisional”, não podem ser esquecidos, não estão à margem da sociedade; não podemos criar mais muros do que já fizemos até então, há séculos (esses muros são visíveis na questão do isolamento, o que “é ruim para a sociedade deve ser isolado, apartado”, por exemplo: doentes mentais, presídios, pobres, escravos, etc., todos sempre se mantiveram isolados, e isso é histórico). (KOLLING, 2012, p. 295).

Portanto, o Estado brasileiro deverá adotar medidas urgentes no sentido de evitar que os presos sejam duplamente punidos.

3.2.5 Violação do Direito à Assistência à Educação, Lazer e Atividades Culturais

O direito à educação está previsto no artigo 17 da LEP: “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. A educação é tão importante que a própria Constituição Federal, em seu artigo 205, dispõe que: Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado

e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988). .

A política de construção de vagas também não resolve problemas de extrema gravidade constatados no sistema prisional do Espírito Santo, tais como: a violência institucional, verificada nas mortes, torturas e os maus tratos dentro das unidades; a deficiência na prestação de atendimento médico aos presos; e a ausência de atividades de educação e de trabalho, apenas para citar alguns exemplos. Tudo se passa como se os altos gastos públicos em novas prisões fossem as medidas adequadas e nada de grave ou urgente estivesse ocorrendo no interior das unidades já existentes. (ESPRITO SANTO, 2011, p. 33).

O que se observa na maioria dos presídios brasileiros, devido a falta de estrutura é um número reduzido de detentos que conseguem estudar enquanto cumprem a pena, constituindo um descumprimento dos preceitos legais e constitucionais da legislação brasileira e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

3.2.6 Violação do Direito à Alimentação

As más condições dos presídios, a superlotação, as condições de higiene e falta de alimentação adequada são formas de violações do direito previsto na CRFB/88 no 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Cabe ao sistema prisional ofertar alimentação suficiente para garantir a aplicação do dispositivo do art. 6º da CF também aos presos, que por preceito constitucional não perderam este direito ao receber uma sentença condenatória.

Todos esses fatores estruturais, como também a má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido por uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. Os presos adquirem as mais

variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, a Aids, por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, de hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões (ASSIS, 2007).

A falta de alimentação adequada fornecida pelo Estado, aos que se encontram encarcerada, tende a contribuir com a baixa do sistema imunológico e aumentando consideravelmente as contaminações por doenças transmissíveis.

3.3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

É possível uma corte constitucional declarar o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), quando há um sistema de violação generalizada de direitos Fundamentais.

Essa tese intitulada Estado de Coisas Inconstitucional teve início em 1997 com a corte constitucional da Colômbia.

Segundo aduzido por Campos, trata-se de um:

quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. (CAMPOS, 2015).

O ECI é um estado de violações generalizadas de direitos humanos fundamentais e, para que esta questão seja solucionada é necessário que uma profunda reestruturação em todo o sistema político constituído, visando a impedir toda a forma de inconstitucionalidade declarada.

A declaração do ECI ocorre no âmbito dos chamados casos estruturais, que são aqueles caracterizados por: (i) atingir um grande número de pessoas que alegam a violação de seus direitos, (ii) envolver diversas entidades

estatais, que são demandadas judicialmente em razão de sua responsabilidade por falhas sistemáticas na implementação das políticas públicas, e (iii) implicar em ordens de execução complexas, mediante as quais os juízes determinam a várias entidades públicas que empreendam ações coordenadas para a proteção de toda a população afetada, e não apenas dos demandantes do caso concreto (GARAVITO, 2009, p. 435).

De acordo com César Rodríguez Garavito (2009, p. 438), a declaração do ECI tem “um fim prático fundamental: impulsionar o aparato estatal a elaborar, implementar, financiar e avaliar as políticas públicas necessárias para fazer cessar a violação massiva de direitos que foi declarada”. O objetivo do ECI é solucionar um problema concreto, que neste caso, é a total violação de direitos humanos dos detentos dentro do sistema prisional brasileiro.

Para George Lima, a aplicação da ECI não caracteriza uma usurpação dos atos típicos dos outros poderes, mas sim, uma ação coordenada de todos os poderes para intervir na situação de grave ameaça aos direitos fundamentais e aplicar medidas no sentido de atender as demandas públicas para cessar as violações.

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para a apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas. (LIMA, 2015).

Não se trata de uma interferência do poder Judiciários nos demais poderes, mas, como no sistema de freios e contrapesos proposto por Montesquieu, o poder foi tripartido para evitar que um dos poderes pudesse violar os direitos individuais fundamentais, o Poder Judiciário está apto a atuar quando da eminência da violação dos direitos fundamentais por parte dos demais poderes.

3.3.1 O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

A pedido do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o STF reconheceu o ECI em relação aos presídios brasileiros por ocasião do julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC/ADPF) n. 347/DF baseado nos moldes da decisão proferida pela Corte Constitucional Colombiana, de relatoria do Ministro Marco Aurélio proferido em nove de setembro de 2015.

O PSOL pediu que fosse reconhecido o ECI em relação ao sistema prisional brasileiro, também requereu perante o STF, a adoção de providências estruturais frente a diversas lesões a preceitos fundamentais dos detentos, em decorrência do conjunto de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Em seu pedido o partido destacou que estão presentes as ofensas a uma pluralidade de direitos fundamentais tais como “a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos” de uma “multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial” (STF, 2015, p. 8).

O partido ressaltou ainda que os órgãos administrativos menosprezam os preceitos constitucionais e legais quando as autoridades administrativas não providenciar a criação do número de vagas prisionais compatível com o tamanho da população carcerária, de modo a “viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição” (STF 2015, p. 8-9).

Ao falar dos presídios brasileiros, o PSOL argumentou serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”, destacando o seguinte:

Celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infecto-contagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho [...] instituições prisionais dominadas por facções criminosas (STF, 2015, p. 8).

O Ministro Marco Aurélio lembrou em seu relatório o ex- ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, que comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”, afirmando que não poderia haver melhor analogia (STF 2015, p. 22).

Para o Ministro Marco Aurélio a conclusão não pode ser outra: “no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, devendo-se ressaltar que:

a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. (STF, 2015, p. 24- 25).

Ao reconhecer o ECI em relação ao sistema prisional, o Ministro também afirmou em seu voto que o estado de coisas a que se chegou não é problema apenas de um poder, mas sim de todos.

Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo [...] A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação [...] A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural” (STF, 2015, p. 26-27).

Em seu voto o Ministro Relator Marco Aurélio Mello, neste trecho do seu voto é possível verificar-se a menção a um elemento fundamental dentro do conceito de uma declaração de ECI que é a falha estrutural.

Destacou-se de forma incisiva a violação de diversas normas infraconstitucionais, constitucionais e internacionais das quais o Estado brasileiro é parte:

[...] o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também a legislação in-

terna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro (STF 2015, p. 25).

Para o Ministro as fortes e sistemáticas violações de direitos fundamentais nos presídios, que estão a provocar a transgressão da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial “justifica a atuação mais assertiva do Tribunal”.

Apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados (...) a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais (...) Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática (STF 2015, p. 31-32 e 35).

Portanto os três pressupostos caracterizadores do ECI foram reconhecidos pelo STF em relação aos presídios brasileiros.

Em decisão cautelar da ADPF 347, o plenário do STF, determinou liminarmente que:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado. (STF, 2015, p. 210).

Ao deferir parcialmente a liminar, o STF, basicamente proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPENN. A decisão determinou que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos e determinou aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão.

Entretanto o Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de contribuir significativamente para a atenuação dos nefastos efeitos da superlotação dos presídios, ao julgar o caso, não ter deferido a maioria das medidas cautelares que foram solicitadas.

4 SANÇÕES CABÍVEIS AO ESTADO BRASILEIRO POR DESCUMPRIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS ENCARCERADAS

Neste terceiro e último capítulo far-se-á um apanhado dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e versam sobre direitos humanos.

Ademais será discutida a forma de incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro.

A relevância dada pela CF/88 propiciando ao sistema jurídico brasileiro do sistema internacional de proteção de direitos quando em seu art. 5º, § 2º, deixou estatuído que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, enfatizando dessa forma a prevalência dos direitos humanos.

A aplicabilidade das normas *jus cogens* é uma possibilidade de limitação da soberania estatal diante dos direitos humanos fundamentais.

Ainda as sanções que poderão ser aplicadas ao país por descumprimentos dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos pelos organismos internacionais.

4.1 SANÇÕES APLICADAS AO PAÍS POR DESCUMPRIMENTO DOS TRATADOS

O Estado brasileiro tem violado os Direitos Humanos, principalmente com relação às pessoas privadas de liberdade e alguns casos tem sido levados para a apreciação da Corte Interamericana de Direito Humanos, a qual tem emitido determinações ao Brasil no sentido de cessar tais violações e proferido sentenças condenando o Estado brasileiro a indenizar as vítimas quando sobreviventes e os familiares em caso de morte.

4.1.1 A Sentença Internacional no Direito Brasileiro

José Carlos Magalhães define a sentença internacional da seguinte forma:

Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia. (MAGALHÃES, 2000, p. 102).

A sentença internacional não pode ser confundida com sentença estrangeira. A sentença estrangeira é prolatada por um juiz vinculado a um outro estado, enquanto que a sentença internacional é proferida por um tribunal vinculado a um órgão internacional ao qual o país anuiu, no caso do sistema americano, o Brasil ratificou o Pacto da Convenção do Direitos Humanos. Portanto deverá cumprir os dispositivos da referida convenção.

Segundo disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando houver violação do direito a liberdade individual a Corte poderá:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos e o pagamento de indenização justa à parte lesada. (OEA, 1985).

Essa norma faz parte do direito internacional consuetudinário e positivado, onde o Estado que violou um direito tem a obrigação de repará-lo.

As sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito de coisa julgada entre as partes, vinculando os litigantes e servindo de embasamento jurisprudencial para casos similares. No que tange ao direito interno, todavia, as sentenças da Corte possuem caráter meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno, como anular um ato administrativo, revogar uma lei ou cassar uma sentença judicial (KAWABATA, 1997, p. 354).

A edição do Decreto 4.407/2002, em que o Brasil reconhece a competência da Corte Interamericana de Direito Humanos, onde a mesma pode proferir sentenças que produzem efeitos jurídicos internos. Dessa forma torna-se

pacífica a questão quanto a natureza das sentenças internacionais oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, produzindo títulos executivos extrajudiciais.

Parece não haver dúvida de que, o inadimplemento do Estado seria atacado pela execução de título judicial, uma vez que, por meio do Decreto 4.407/2002, em que o Brasil reconheceu e incorporou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao ordenamento interno, as sentenças desta Corte, verdadeiras sentenças jurisdicionais, se não cumpridas voluntariamente, ensejariam o direito dos credores de proceder à execução de título judicial, nos termos da legislação brasileira, por força do artigo 68.2 da Convenção Americana, já destacado. (RAMOS, 2001, p. 503).

Conforme aduz Ramos não resta dúvida de que as sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deverão ser cumpridas pelo Estado brasileiro, como sentenças oriundas do Poder Judiciário interno.

4.1.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

O conceito da Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra-se definido no art. 1º do seu estatuto:

Art. 1º - A corte é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto. (OEA, 1985).

Para que uma petição seja aceita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá obedecer aos seguintes requisitos, de acordo com o Art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que

submeter a petição.

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. (OEA, 1985).

No entanto em caso de graves violações dos Direitos Humanos a Comissão poderá admitir a petição quando não há legislação interna que garanta os Direitos Humanos ou uma demora injustificada no decorrer do processo.

4.1.3 Cumprimento da Sentença Internacional no Brasil: o Caso da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Conforme explica Hitters é possível de dispensar a sentença internacional de homologação, e proceder de acordo com o previsto no artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não nos deve passar inadvertido que, no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, o art. 68, apartado 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada também Pacto de San José de Costa Rica, expressa que a parte da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos que imponha indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo procedimento interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado, isso sem nenhum tipo de exequatur nem trâmite de conhecimento prévio. (HITTERS, 1995, p.292).

De acordo com Mazzuoli embora equiparando indevidamente o artigo 105, I, i, da Constituição Federal de 1988 e ao artigo 483 do CPC, o ideal é seguir o disposto no artigo 68, inciso II da Convenção Americana, em se tratando de Direitos Humanos.

Segundo a nossa concepção, as sentenças proferidas por tribunais internacionais dispensam homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso específico das sentenças proferidas pela Corte Interamericana não há que se falar na aplicação da regra contida no art. 105, I, i, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, repetida pelo art. 483 do CPC, que dispõe que "a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal" [entenda-se, agora, Superior Tribunal de Justiça] (grifo nosso). Sentenças

proferidas por “tribunais internacionais” não se enquadram na roupagem de sentenças estrangeiras a que se referem os dispositivos citados. Por sentença estrangeira se deve entender aquela proferida por um tribunal afeto à soberania de determinado Estado, e não a emanada de um tribunal internacional que tem jurisdição sobre os Estados. (MAZZUOLI, 2007, p. 736).

Nesse sentido, sendo aplicado o previsto no disposto do artigo supracitado da Convenção Americana de Direito Humanos, agilizará a indenização das vítimas quando da violação dos direitos humanos por parte do Estado brasileiro.

A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ocorrer de dois modos: o Estado cumpre a decisão de forma voluntária ou é forçado pelo poder judiciário a cumprir a determinação da corte.

4.1.3.1 A implementação automática pelo Estado

A implementação das sentenças da Corte Interamericana são obrigatórios não somente pelo Brasil ter ratificado o Pacto de *San Jose*, mas também do reconhecimento da competência contenciosa da Corte.

O disposto no inciso II do Art. 68 da Convenção, permite ao Estado executar o cumprimento de sentença nos moldes dos cumprimentos Internos, segundo explicitado por Rescia: “essa norma permite materializar, em última instância, o cumprimento da sentença indenizatória. Essa viabilidade de execução, real e eficaz, fortalece ainda mais as decisões da Corte”. (RESCIA, 1994).

Ainda nesse mesmo sentido temos as afirmações de Llorens, que assim se posiciona com relação ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana:

A Corte Interamericana, tal como a Corte Européia, não é um tribunal penal e não substitui as ações penais relativas às violações cometidas nos Estados. A Corte apenas julga se o Estado é ou não responsável ou não pelas violações à Convenção Americana. Quando o Estado é responsabilizado, a consequência é a obrigação de fazer cessar a violação e indenizar a vítima ou seus herdeiros legais. (LLORENS, 2001).

As decisões da Corte Interamericana, impõe ao Estado o dever de ressarcir as vítimas, quando se tratar de pena pecuniária, ou cessar as violações dos direitos violados.

4.1.3.2 A implementação forçada por meio do Poder Judiciário

Segundo disposto no artigo 5º Inciso XXXV da Constituição da República do Brasil, nenhuma lesão a direito poderão deixar de ser apreciado pelo poder judiciário.

No caso de sentenças proferidas por órgão internacional relativas a reparações pecuniárias ou indenizações por violações aos Direitos Humanos, aplica-se o procedimento previsto no Art. 100 da Constituição da República e nos Art. 910 do Código de Processo Civil (CPC). Porém, no caso de execução não pecuniária o juiz adotará o previsto no artigo 497 do CPC/2015.

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009) (Vide ADI 4425)

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no

§ 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no

§ 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide ADI 4425)

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no

§ 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016). (BRASIL, 1988).

Quando a sentença condenatória determinar indenização de ordem

pecuniária será adotado o previsto no artigo 497 do Código de Processo Civil brasileiro. O juiz concederá a tutela específica ou ainda determinará providências no sentido de garantir o resultado prático da ação. (MAZZUOLI, 2007, p. 98).

4.1.3.3 A supervisão da execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a responsabilidade internacional do Brasil por descumprimento

Além das atribuições contenciosas, exercidas pela Corte Interamericana, está a supervisão da execução de suas próprias sentenças. O processo somente em caso de execução total da decisão será encerrado. Assim, uma sentença não será declarada executada enquanto não forem realizadas todas as medidas definidas em seu corpo.

De acordo com Andrade as medidas tomadas pela Corte Interamericana variam conforme o caso, como aduz:

a Corte vela pela implementação de seus julgamentos através do exame de informações submetidas pelo Estado condenado e pela vítima ou seus representantes sobre as ações estatais adotadas. Com base nesses dados, a Corte emite resoluções que indicam quais as obrigações que já foram cumpridas integral e corretamente e quais são aquelas faltantes. Não são raros os casos em que as medidas tomadas pelo Estado são insuficientes ou ineficazes para satisfazer a obrigação prescrita. A Corte é persistente nessa escrupulosa tarefa de exame, motivo pelo qual para cada sentença são emitidas normalmente várias resoluções até que o cumprimento pleno seja constatado. Algumas das obrigações ditadas na decisão requerem ações trabalhosas e demoradas, fazendo com que o número de execuções sob verificação da Corte aumente a cada ano. Segundo seu último Informe Anual (2005), 59 era o número de sentenças supervisionadas. (ANDRADE, 2006, p.155).

De acordo com o Pacto de San Jose da Costa Rica em seu artigo 65 a Corte prevê um envolvimento de um órgão político, a Assembléia Geral da OEA, para pressionar o país que descumpriu a norma, submetendo-o a um constrangimento internacional, no sentido de obrigá-lo a cumprir as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Artigo 65 - A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não

tenha dado cumprimento a suas sentenças. (OEA, 1985).

Na verdade o objetivo de se levar o caso à Assembleia Geral da OEA é exercer uma determinada pressão política no Estado condenado, pois os esforços de supervisão da Corte se mostraram insuficientes (ANDRADE, 2006, p. 156).

Como afirma Andrade, as decisões da Corte Interamericana possuem em geral o caráter obrigatório, mas não executório, mesmo o Estado tendo ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1998, não há um mecanismo coercitivo forte o suficiente que a Corte possa Obrigar o Estado brasileiro a cumprir suas sentenças.

Portanto, o meio mais adequado para pressionar o Estado a executar suas sentenças é:

causar-lhe constrangimentos diante dos seus pares da comunidade internacional. Em última análise, portanto, poderíamos afirmar que a execução de decisões internacionais se faz de maneira espontânea, devido à ausência de meios coativos para sujeitar o Estado. No entanto, isso não pode significar que a sentença não seja obrigatória. Como explicado acima, todos os signatários da Convenção obrigaram-se internacionalmente a executar os acórdãos da Corte, sob pena de responsabilização internacional. Entretanto a execução forçada não é possível pois a Corte não dispõe de aparato coercitivo para tanto. Cabe ao Estado respeitar voluntariamente os compromissos que assumiu. Existe uma única possibilidade de executar coercitivamente as sentenças da Corte: o caso em que se determina o pagamento de uma indenização. Nesta hipótese, que analisaremos a seguir, a vítima ou seus representantes podem obter uma execução forçada, mas a coerção não virá do sistema internacional, mas dos próprios meios estatais (ANDRADE, 2006, p. 156-157).

Ademais as sentenças proferidas pela Corte Interamericana possuem em si uma força ativa. Conforme Maeoka:

O êxito das execuções das sentenças internacionais não somente dependem dos procedimentos processuais internacionais [...] mas está condicionado também à cooperação dos Estados-partes. Ainda para a autora, essa cooperação para a execução das sentenças internacionais está subordinada a um efetivo diálogo entre o sistema processual internacional e o sistema processual interno. (MAEOKA, 2007, p.555).

Traz-se como exemplo parte da primeira Sentença Condenatória do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso do Sr. Damião Ximenes Lopes ocorrido em 04 de julho de 2006.

(...) E DISPÕE, Por unanimidade, que: 6. O Estado deve garantir, em um

prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença. 7. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutive, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença. 8. O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença. 9. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, no prazo de um ano, a título de indenização por dano material, a quantia fixada nos parágrafos 225 e 226, nos termos dos parágrafos 224 a 226 da presente Sentença. 10. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 238, nos termos dos parágrafos 237 a 239 da presente Sentença. 11. O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença. 12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento. (OEA, 1985, p.83-84).

O país foi condenado a indenizar os familiares da vítima além de adotar várias medidas que venham a proteger o direito dos internos, bem como, a capacitação dos agentes públicos que agem em nome do Estado brasileiro.

O Brasil foi denunciado à Corte Interamericana por flagrante desrespeito aos direitos humanos no caso da Penitenciária Urso Branco no Estado de Rondônia, onde trinta e sete detentos perderam a vida, A Corte Interamericana prolatou a seguinte decisão:

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, em uso das atribuições que lhe conferem o artigo 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 25 de seu Regulamento, RESOLVE: 1. Requerer ao Estado que: a) adote de forma imediata todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e integridade pessoal de todas as pessoas detidas na Penitenciária Urso Branco, assim como as de todas as pessoas que ingressem nesta, entre elas os visitantes e os agentes de segurança que prestam seus serviços na mesma; b) adeqüe as condições da mencionada penitenciária às normas internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis à matéria; c) remeta à Corte uma lista atualizada de todas as pessoas que se encontram detidas na

penitenciária e, ademais, indique com precisão: 1) as pessoas que sejam colocadas em liberdade; 2) as pessoas que ingressem no referido centro penal; 3) o número e nome dos reclusos que se encontram cumprindo condenação; 4) o número e nome dos reclusos sem sentença condenatória; e 5) se os reclusos condenados e os não condenados se encontram localizados em diferentes seções; d) investigue os acontecimentos que motivam a adoção das medidas provisórias com o fim de identificar os responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes, incluindo a investigação dos acontecimentos graves ocorridos na penitenciária depois da Corte ter emitido a Resolução de 18 de junho de 2002; e e) no máximo em 6 de novembro de 2005, apresente à Corte o décimo primeiro relatório sobre o cumprimento das medidas indicadas nos anteriores incisos deste ponto resolutivo e nos pontos resolutivos segundo e terceiro, particularmente sobre as medidas que adote de forma imediata para que não se produzam privações de vida nem atos que atentem contra a integridade das pessoas detidas na penitenciária e das que por qualquer motivo ingressem na mesma. 2. Requerer ao Estado que realize todas as gestões pertinentes para que as medidas de proteção sejam planificadas e implementadas com a participação dos petionários das medidas, de tal maneira que as referidas medidas sejam brindadas de forma diligente e efetiva e que, em geral, o Estado mantenha os petionários informados sobre o avanço de sua execução. 3. Requerer aos petionários das medidas e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresentem suas observações ao relatório solicitado no ponto resolutivo primeiro desta Resolução dentro do prazo de dois e quatro semanas, respectivamente, contados a partir de seu recebimento. 4. Requerer ao Estado que continue informando à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada dois meses, sobre o cumprimento e implementação das medidas indicadas nos pontos resolutivos primeiro e segundo da presente Resolução. 5. Requerer aos petionários das medidas e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresentem suas observações aos relatórios bimestrais do Estado dentro dos prazos de quatro e seis semanas, respectivamente, contados a partir de seu recebimento. 6. Notificar a presente Resolução à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aos petionários das medidas e ao Estado. (OEA, 1985, p. 23-24).

Deve o Estado brasileiro, pautar-se pelo respeito dos Direitos Humanos, não somente em razão das condenações sofridas, mas pelo fato do Brasil ter sido signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, respeitando os dispositivos dos Tratados Internacionais para ser respeitado como País digno de representar uma das maiores Nações do mundo que preza pelo Estado Democrático de Direito garantindo os Direitos Humanos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho era verificar se o Brasil está cumprindo o seu papel na proteção dos Direitos Humanos no Sistema Penitenciário, em especial, na aplicação da pena privativa de liberdade, respeitando os tratados Internacionais de Direitos Humanos, principalmente os dispostos no Sistema Interamericano de Proteção aos direitos humanos.

Contudo, para atingir esse objetivo, foi necessário, num primeiro momento, conceituar e estudar as origens e evoluções de todos os institutos abarcados pelo tema, tais como: Direitos Humanos, com o auxílio da história e das legislações pertinentes.

Analisando os dados sobre o Sistema Prisional, o que se pode concluir, após fartas pesquisas, é que, infelizmente, o Brasil tem falhado nessa importante missão, não só por não estar protegendo, mas por estar violando frontalmente os Direitos Humanos no âmbito do Sistema Penitenciário.

O quadro dos Sistemas Penitenciários na maioria dos presídios é desumano. E a pena privativa de liberdade, da forma que vem sendo aplicada, não está cumprindo seu papel principal, que é: ressocializar, recuperar, reeducar e principalmente reinserir o condenado na sociedade. A execução da pena tem de estar em consonância com os fins atribuídos pelo ordenamento jurídico, o que não estão correndo. Ao contrário, foram identificados sérios casos de flagrante violação dos Direitos Humanos sem nenhuma atuação positiva por parte do Estado brasileiro.

Tem-se em conta que a Execução Penal é uma obrigação dos Estados e o sistema depende tanto de políticas públicas quanto de suporte financeiro. No entanto, em muitos Estados, o descaso e a falta de respeito às normas são absurdas.

A limitadíssima atuação do governo para superar as inúmeras deficiências do sistema penitenciário se torna quase imperceptível frente às condições precárias e desumanas em que se encontram a maioria dos presos.

Foram apontadas como as principais causas do estado caótico em que encontram-se os sistemas penitenciário a falta de vontade pública; a superlotação; a ênfase na disciplina; e a tendência à severidade na execução, o que pode ser amplamente comprovado que vem diametralmente contra os princípios dos Direitos

Humanos Fundamentais, não só por dados históricos, como também estatísticos e atuais que externam a lastimável realidade das prisões, como os dados citados retirados de fontes oficiais, cuja fonte foi o Infopen - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, responsável por informações e dados pertinentes ao Sistema Penitenciário.

Tanto é grave a situação que levou o Supremo Tribunal Federal a declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, medida tomada somente quando presentes os requisitos de uma situação calamitosa e um sistema generalizado de violação dos direitos humanos fundamentais. Essas medidas permitem que várias ações da Administração Pública ajam em conjunto para fazer cessar tais violações.

Nesse sentido, Com base nos relatos do Procurador Cesar Barros Leal, sobre as péssimas condições em que se apresenta o sistema prisional brasileiro, torna-se impossível cumprir os objetivos da ressocialização; promoção de ações e de programas de incentivo ao preso para que ele possa sentir-se melhor amparado. Esses objetivos estão sendo descartados diante das péssimas condições atuais do sistema penitenciário como um todo. Há ainda a necessidade de dar-se efetividade na fiscalização por parte de todos os órgãos que compõem o Sistema de Justiça Criminal, em especial o juizado de execuções penais e ao Ministério Público, por tratar-se de previsão legal e por estarem lidando diretamente com os processos dos presos que se encontram na fase de execução da pena. Essas ações dos agentes públicos são necessárias para garantir aos encarcerados o mínimo de dignidade humana.

Conclui-se que o Estado brasileiro tem violado sistematicamente os Direitos Humanos dos presos, quando não respeita o direito à vida, à integridade física ou quando permite aos seus agentes que atuem de forma a violar tais direitos. Nos casos, em que o Brasil foi denunciado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por omissão com relação ao andamento célere do devido processo para que fosse possível punir os responsáveis por graves violações do direito à vida e à integridade física dos presos. Casos como o conhecido “Carandiru” *ocorrido em 1992, em que foram mortos cento e onze detentos e com fortes indícios de haver ocorrido um massacre por parte dos agentes do Estado, diante das provas produzidas no processo. E até o presente momento os processos ainda não possuem uma sentença definitiva.* Tem-se ainda o caso da Penitenciária Urso Branco no Estado de Rondônia, onde trinta e sete presos perderam a vida e o Brasil

foi sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violar os direitos a integridade física e a vida dos presos.

Ainda analisou-se o cumprimento de Sentença por parte do Estado brasileiro, emanada de Tribunal Internacional e as formas de incorporação dos tratados. Concluindo-se que os tratados aderidos pelo País antes da Emenda Constitucional 45/2004 seguem o entendimento de que são normas infraconstitucionais, mas supralegais. E os tratados incorporados ao sistema jurídico brasileiro após a Emenda 45/2004 que obedecem ao quorum qualificado de dois terços de cada uma das Casas do Congresso Nacional tem a hierarquia de Emenda Constitucional.

Por fim, diante de vários casos de violações dos Direitos Humanos dos presos, dos quais o Estado brasileiro foi denunciado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e diante de todos os retrocessos apresentados, a expectativa é de que o ordenamento jurídico adote as tão esperadas medidas a fim de eliminar qualquer aplicação de pena que atinja e viole os Direitos Humanos. As punições em sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos impostas ao Brasil deverão ser cumpridas baseadas no princípio do *jus cogens*, em razão de serem direitos intrínsecos a dignidade da pessoa humana, mas caso o País não cumpra voluntariamente as sentenças proferidas pela Corte, resta a Corte Interamericana levar a situação para Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, objetivando uma pressão política para que as sentenças sejam cumpridas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Isabela Piacentini. **A execução das sentenças da Corte Interamericana**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun. 2006.

ANISTIA INTERNACIONAL. As “Regras de Mandela” sobre tratamento de prisioneiros. Disponível em : <https://anistia.org.br/noticias/regras-de-mandela-sobre-tratamento-dos-prisioneiros/>. Acesso em : 15/11/2017.

ASSIS, Rafael Damasceno. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n.39, p. 74-78, out-dez 2007. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122%3E%20Acesso%20em:%2013%20de%20julho%20de%202015>. Acesso em: 16 de agosto de 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Nélon Jahr Garcia. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001, p. 10.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Do original L'età dei Diritti tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

BOURNIER, João Bosco; et al. (Org.). **Massacre do Carandiru, chega de impunidade**, 2001, p. 1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____, Decreto- Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 21/05/2017.

_____, Lei nº 11.105, de 24.03.2005. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso: 11/06/2017.

BRASIL, Lei 7210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 28/09/2017.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União 15.12.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF [online]**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> acesso em 20/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 466.343-1**. Relator: min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. acesso em:23/10/2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos /Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em:15/11/2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional litígio estrutural**. Conjur. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural...>>; Acesso em 28 de out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral**: (arts. 1º a 120), Volume I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Waldir Araújo et SANTOS, Raphael Antunes do Amaral. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em : <https://necint.wordpress.com/legislacao-internacional/>. Acesso em 28/09/2017.

CNJ. **Relatório**. disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> acesso 20/08/2017.

CNJ. **Relatório**. 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)
f. acesso em: 27/09/2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CTV – Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos. **Corte Interamericana condenou Estado brasileiro pelo massacre do Carandiru**. 14. fev. 2006.

Disponível em:

<http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2006/vol6/no2/14.pdf>. Acesso em 27/08/2017.

DAVICO, Luana. **Princípios penais constitucionais-análise descomplicada**.

<https://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>. acesso em 22/05/2017.

DOTTI, René Ariel. **Princípios Fundamentais do Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/11966-11966-1-PB.pdf>.

Acesso em: 11/06/2017.

ESPIRITO SANTO. **Violações de direitos humanos no sistema prisional do Espírito Santo/ Atuação da sociedade civil**. Disponível em:

http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2015/09/SistemaPrisionalES_2011.pdf.
acesso 27/08/2017.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, volume 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____, André. **Direito penal esquematizado : parte geral** / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. São Paulo : Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional** – 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1984.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un Estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Pag. 112, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. **Medidas de urgência para o caótico sistema prisional brasileiro**. 03 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>acesso em 20/08/2017.

HITTERS, Juan Carlos. Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros, **Revista del Colegio de Abogados de La Plata**, La Plata, año XXXV, n. 56, p. 292, 1995.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. In: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. acessado em 18/05/2017.

KAWABATA, J. Alejandro. Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: CAMPOS, Gérman G. Bidart et al. La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.

KOLLING, Gabriele. **O Direito ao Direito Humano à saúde no Sistema Prisional e a Necessidade de um Humano Direito In Relatório Azul**, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos; Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: viagens pelos caminhos da dor**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, .96-98, 2010.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <https://fernandafav.jusbrasil.com.br/artigos/136299212/as-geracoes-de-direitos-humanos-e-o-estado-democratico-de-direito>. acesso em 21/05/2017.

_____, George Marmelstein. **O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma onda do verão constitucional?** 2015. Disponível em: Acesso em: 22/08/2017.

LLORENS, Jorge Cardona. **La función contenciosa de la corte interamericana de**

derechos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo XXI. San José: Corte IDH, 2001.

LUIZ, Luisi. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. rev. e aum. Porto alegre: Fabris Editor, 2002.

MAEOKA, Erika. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os desafios do processo de execução das sentenças internacionais.** In: MENEZES, Wagner (Org.). (Anais do 5º. Congresso Brasileiro de Direito Internacional). Estudos de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, v. 9. p. 553-560, 2007.

MAGALHÃES, José Carlos. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 102. *Apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Sentenças Internacionais no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20021014/sup_dej_141002_49.htm>. Acesso em: 04/10/2017.

MARTINS, Herbert. **Crime, criminoso e prisão: um estudo sobre a reincidência penitenciária em Montes Claros – MG.** Rev. Bras. Segur. Pública São Paulo v. 7, n. 2, p. 32-48 Ago/Set 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais.** 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 736 e 737, 2007.

_____, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** /Valerio de Oliveira Mazzuoli. -5. ed rev., atual. e ampl. -São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 14. ed. rev. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais.** 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, Pag. 84, 10ª Ed.

Atualizada e Ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. **Convenção americana de direitos humanos (1969)**. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>
Acesso em 20 mar.2017.

_____. **Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeatort.htm>. Acesso em 26/09/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** Disponível

em:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html><
Acesso em: 20 mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

_____, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Pag 143. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006.

_____, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RESCIA, Victor Manoel Rodriguez. **Eficácia jurídica de la Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos**. In: NAVIA NIETO, Rafael. La corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar /** Francisco Rezek. – 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2011.

SABOIA, Gilberto Vergne. **O Brasil e o sistema internacional de direitos humanos.** Disponível em:

https://www.faneesp.edu.br/site/documentos/brasil_sistema_internacional_direitos.pdf. acesso: 28/10/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988.** RevistaDiálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 1, abril, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da lei de drogas por inobservância ao ne bis in idem e violação à proibição de excesso.** BDJur, Brasília, DF, 29 jul. 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. **Teoria da pena.** São Paulo: RT, 2002.

SOARES, Carina de Oliveira. **Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal.** Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno. Acesso em: 02/10/2017.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal.** 7. ed. rev. atual. ampl. Bahia: Editora Jus Podivm, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.