

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – ES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS

CYRO EDUARDO BLATTER MOREIRA

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD:
ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE À
SEGURANÇA PÚBLICA X DIREITO FUNDAMENTAL À INTEGRAÇÃO SOCIAL
DO PRESO COMPONENTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

VITÓRIA
2021

CYRO EDUARDO BLATTER MOREIRA

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD:
ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE À
SEGURANÇA PÚBLICA X DIREITO FUNDAMENTAL À INTEGRAÇÃO SOCIAL
DO PRESO COMPONENTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior

VITÓRIA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte

M838r Moreira, Cyro Eduardo Blatter
 Regime Disciplinar Diferenciado – RDD: análise comparativa do
 Direito Fundamental da sociedade à segurança pública x Direito
 Fundamental à integração social do preso componente de organização
 criminosa / Cyro Eduardo Blatter Moreira ; orientação de Américo Bedê
 Freire Júnior. – Vitória, 2021.
 206 f. ; 21 x 29,7 cm.

 Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em
 Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, 2021.

 1. Regime Disciplinar Diferenciado. 2. Direitos Fundamentais.
 3. Organizações criminosas. 4. Segurança pública. 5. Integração social.
 6. Lei da colisão de princípios de Robert Alexy. I. Freire Júnior, Américo
 Bedê, orientador. II. Título.

CDU 342/343

Catalogação: Bibliotecária Marina Miranda Fagundes - CRB 14/1707

CYRO EDUARDO BLATTER MOREIRA

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD:
ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE À
SEGURANÇA PÚBLICA X DIREITO FUNDAMENTAL À INTEGRAÇÃO SOCIAL
DO PRESO COMPONENTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em 16 de março de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.^a Dr.^a Elda C. de A. Bussinguer
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. João Maurício L. Adeodato
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Lean Antônio F. de Araújo
Centro Universitário Cesmac

Prof. Dr. Ney de B. Bello Filho
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Henrique G. Herkenhoff
Universidade de Vila Velha

*Para meus Pais, minha mulher, minhas filhas e netos,
sínteses de minha existência.*

AGRADECIMENTOS

Nesta longa trajetória de aprimoramento pessoal, cultural e profissional, várias foram as pessoas marcantes envolvidas, às quais tenho o dever de agradecer.

Ao eminente Professor Doutor Américo Bedê Freire Júnior, meu orientador, pessoa que me brindou ao longo deste período com seus enraizados conhecimentos sobre direito penal e processual penal, ajudando-me a refletir e analisar assunto de extrema relevância no tecido social.

À excelentíssima Professora Doutora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, coordenadora do PPGD da FDV, pessoa ímpar, que detém profundidade invejável nas áreas de seu conhecimento, além da sua absoluta disponibilidade no atendimento e nas discussões que tiveram papel relevante em todo o processo de criação desta tese, não medindo esforços acadêmicos e pessoais para a colimação dos objetivos propostos.

Ao culto e prezado amigo Professor Doutor João Maurício Leitão Adeodato, membro da banca examinadora, em relação ao qual possuo extrema admiração profissional e pessoal, que enriqueceu o presente trabalho com seus ensinamentos.

Aos diletos Professores Doutores Lean Antônio Ferreira de Araújo, meu coorientador, Henrique Geaquinto Herkenhoff e Ney de Barros Bello Filho, membros externos da banca examinadora, expoentes em suas áreas de atuação e que me brindaram com suas lições.

Aos demais membros dos corpos docente, discente e administrativo, do programa PPGD da Faculdade de Direito de Vitória, copartícipes desta fase de aprimoramento intelectual, o meu respeito e admiração.

RESUMO

O crime organizado nacional ou internacional é uma realidade no mundo moderno, violando leis, desafiando o tecido social e a própria soberania dos Estados. Na Itália, foi adotado o regime de “cárcere duro”, e no Brasil, o Regime Disciplinar Diferenciado, para o enfrentamento das facções criminosas mafiosas ou não, sendo ambos instrumentos gerenciais de disciplina prisional. Neste sentido, os Estados adotaram medidas que, via de regra, geraram tensões entre os Direitos Fundamentais dos cidadãos, na perspectiva da segurança pública ou da integração social no caso dos presos. A evolução dos sistemas de punição se traduziu num intenso esforço com foco ora na simples retribuição penal, ora na ressocialização estruturada do ser humano, esta refletida na evolução das prisões. O endurecimento das leis penais nos anos 90 e a consequente superlotação carcerária ajudaram a promover a ineficácia do modelo. Por outro lado, os Direitos Humanos se apresentam como pilares para a possibilidade de vida digna, exigindo uma compatibilização entre direitos coletivos e individuais. Nesta ótica, tem-se o seguinte problema de pesquisa: Considerando a fundamentalidade dos direitos à segurança pública da sociedade e da integração social dos presos e a possibilidade de tensão entre eles em relação aos integrantes de Organizações Criminosas, qual desses princípios deverá preponderar no contexto do Regime Disciplinar Diferenciado, sob a ótica da colisão proposta por Alexy? Para tanto, partiu-se da hipótese de que, no contexto do Regime Disciplinar Diferenciado, se o direito à integração social do preso componente de Organização Criminosa impedir ou interferir no direito coletivo à segurança pública, aquele pode ser restringido após o devido sopesamento. Para tanto, apresentou-se a evolução do sistema de punição, os modelos prisionais, as escolas penais e as teorias da pena, bem como o cenário atual em relação ao endurecimento penal a partir dos anos 90; analisou-se a compatibilidade entre as medidas disciplinares carcerárias, no Brasil e na Itália, aplicáveis às organizações criminosas, visando entender as suas semelhanças com o sistema prisional nacional, em particular com o Regime Disciplinar Diferenciado; analisou-se, ainda, sob a ótica da lei da colisão de princípios de Alexy com suas três submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a constante tensão entre os Direitos Fundamentais à segurança pública e da integração social dos presos componentes de Organizações Criminosas, definindo qual desses princípios prevaleceu no contexto do Regime Disciplinar Diferenciado. Foram

utilizados como referenciais teórico-metodológicos a Teoria dos Princípios de Robert Alexy e a Teoria da Coação Psicológica de Paul Feuerbach. Tratou-se de pesquisa dedutiva realizada mediante revisão bibliográfica. A hipótese foi confirmada, com a precedência do Direito Fundamental à segurança pública em relação ao direito de integração do preso componente de Organização Criminosa em Regime Disciplinar Diferenciado, porquanto, com a *condição* de restrição máxima possível desse direito, respeitado o limite da inconstitucionalidade, promoveu a obtenção do resultado preservação do direito coletivo à segurança pública com reflexos na estabilidade interna e na manutenção da ordem pública.

Palavras-chave: RDD. Direitos fundamentais. Segurança pública. Integração social. Máxima da proporcionalidade.

ABSTRACT

National or international organized crime is a reality in the modern world, violating laws, challenging the society and the sovereignty of States. In Italy, the “rigid prison” regime was adopted, and in Brazil, the Differentiated Disciplinary Regime to confront criminal mafia factions or not, both being tools of managing prison discipline. Also, States adopt measures that, as a rule, can generate tensions between the Fundamental Rights of citizens, whether from the perspective of public security or social integration in the case of prisoners. The evolution of the systems of punishment has resulted in an intense effort with focus, both in simple penal retribution, and in structured resocialization of human beings, reflected in the evolution of prisons. The tightening of criminal laws in the 1990s and the consequent prison overcrowding helped to promote the model's inefficiency. On the other hand, human rights are presented as pillars for the possibility of a dignified life, demanding a compatibility between a collective and individual rights. Consequently, the following research problem arises: Considering the fundamentality of the Rights to the public security of society and the social integration of prisoners and the possibility of tension between them in relation to members of Criminal Organizations, which of these principles may prevail in the context of the Regime Differentiated Discipline, under the perspective of the collision proposed by Alexy? Therefore, we start from the hypothesis that, in the context of the Differentiated Disciplinary Regime, if the right to social integration of the inmate component of a Criminal Organization prevents or interferes in the collective Right to public security, that may be restricted, after due weighting. To this end, the following objectives were identified: to present the evolution of the punishment system, prison models, penal schools, theories of punishment, and also the current scenario in relation to criminal hardening from the 1990s; Analyze whether there is compatibility between prison disciplinary measures, in Brazil and Italy, applicable to criminal organizations, aiming to understand their similarities with the national prison system, in particular with the Differentiated Disciplinary Regime; Analyze, from the perspective of the law of the collision of principles of Alexy with its three submaximals (adequacy, necessity and proportionality in the strict sense), the constant tension between Fundamental Rights to public security and the social integration of prisoners members of Criminal Organizations, defining which of these principles prevail in the context of the Differentiated Disciplinary Regime. It was used Robert Alexy's Theory of Principles as

the theoretical-methodological framework and Paul Feuerbach's Theory of Psychological Coercion. It is a deductive research carried out through bibliographic review and documentary research. The hypothesis was confirmed, with the precedence of the Fundamental Right to public security in relation to the Right of integration of the inmate component of Criminal Organization in Differentiated Disciplinary Regime, considering the condition of maximum possible restriction of this Right, respecting the limit of unconstitutionality, promoted the achievement of the result of the preservation of the collective right to public security with repercussions on internal stability and the maintenance of public order.

Keywords: RDD. Fundamental rights. Public security. Social integration. Maximum Proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública

GNCOC – Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas

LEP – Lei de Execução Penal

NRC – Núcleo de Ressocialização da Capital

ONU – Organização das Nações Unidas

Orcrim – Organização Criminosa

PAD – Processo Administrativo Disciplinar

PCC – Primeiro Comando da Capital

PIB – Produto Interno Bruto

PL – Projeto de lei

PMES – Polícia Militar do Estado do Espírito Santo

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCFA – Tribunal Constitucional Federal Alemão

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE PUNIÇÃO NOS ÚLTIMOS DOIS SÉCULOS..	20
2.1 AS ESCOLAS PENAIS CLÁSSICA E POSITIVA ENQUANTO CORRENTES FILOSÓFICO-JURÍDICAS EM RELAÇÃO A CRIMES E SEUS FUNDAMENTOS	27
2.2 A TEORIA DA PENA E SUA RELAÇÃO DIRETA COM OS REGIMES DEMOCRÁTICOS NO VIÉS DA PACIFICAÇÃO SOCIAL	31
2.2.1 A Teoria Absoluta ou Retributiva e sua materialização como conceito de justiça na retribuição à violação ocorrida no crime.....	32
2.2.2 A Teoria Relativa ou Preventiva e sua relação unívoca entre cometimento de delitos e aplicação de sanção, objetivando a prevenção atual e futura de novos delitos, de viés utilitarista.....	36
2.2.3 A Teoria Unitária, Eclética ou Mista e sua índole retributiva, porém com objetivos reeducativos e de intimidação geral.....	44
2.3 OS SISTEMAS PRISIONAIS E SUA EVOLUÇÃO DE ELEMENTO DE CUSTÓDIA PARA DELIMITADOR DE CUMPRIMENTO DE PENAS.....	46
2.3.1 Sistema Pensilvânico: com características de rigidez disciplinar e silêncio absoluto	46
2.3.2 Auburniano: com mitigação do silêncio absoluto, porém com castigos físicos severos	48
2.3.3 Montesinos: com visão reintegrativa e ressocializadora, em total contraste com os dois primeiros	49
2.3.4 Progressivo: utilizado no Brasil na modalidade irlandesa adaptada, caracterizado por ciclos de progressão e baseado no binômio tempo e comportamento	50
2.3.5 A finalidade como forma racional estatal de reinserção social	52
3 ENDURECIMENTO DAS LEIS PENAIS A PARTIR DOS ANOS 90 E A INEFICÁCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO DE RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL	55

4 MEDIDAS DISCIPLINARES CARCERÁRIAS E A EVOLUÇÃO DA INSEGURANÇA PÚBLICA.....	70
5 DO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE À SEGURANÇA PÚBLICA X O DIREITO FUNDAMENTAL À INTEGRAÇÃO SOCIAL DO PRESO COMPONENTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	87
5.1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: PILARES PARA A POSSIBILIDADE DE VIDA DIGNA EM SOCIEDADE	89
5.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA COMO EXPRESSÃO DA NORMALIDADE DO TECIDO SOCIAL, SUSTENTADO POR LIBERDADES E DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.....	103
5.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL DE INTEGRAÇÃO SOCIAL DE PESSOA PRESA, COMPONENTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, E SEUS EVENTUAIS REFLEXOS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO.....	116
5.4 O MÉTODO ALEXYANO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS E COLISÕES ENTRE NORMAS	129
5.5 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA EM TENSÃO COM O DA INTEGRAÇÃO SOCIAL DE PESSOA PRESA EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E INTEGRANTE DE FACÇÃO CRIMINOSA, SOB A ÓTICA DA COLISÃO DE ALEXY.....	171
6 CONCLUSÕES	181
REFERÊNCIAS.....	190

2 EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE PUNIÇÃO NOS ÚLTIMOS DOIS SÉCULOS

A segurança do cidadão, direito e dever de todos, é ponto de equilíbrio para uma vida em sociedade. Desde a Idade Antiga, o Estado, nas suas várias formas de atuação, tem essa obrigação, dispondo das normas positivadas ou simplesmente consuetudinárias e, atualmente, dos meios de coerção para o cumprimento desse ofício, com a utilização do direito penal.

O Direito surgiu como uma necessidade humana dentro do contexto de agrupamento social, visando à garantia mínima das condições para a convivência harmônica no tecido social.

A regulação, em parte, das condutas dos cidadãos, promove a harmonia e a possibilidade de convivência entre todos, sustentando os alicerces e o fortalecimento do Direito, e em particular do Direito Penal.

O sistema jurídico é construído na busca da paz social, com o nítido objetivo de manter equilibrado o fluxo de relações entre os diversos ramos da sociedade. Atualmente, a criminalidade rotulada de organizada atua contra os sistemas jurídicos positivados, e se aproveitando da própria desorganização estatal afronta as normas vigentes nos países nos quais atua, e, em alguns casos, age como Estado paralelo.

Nos primórdios, o poder era simbolizado por totens, com base em tabus, numa esfera mística e inviolável. Os controles sociais eram construídos com base nestas expressões primitivas, nos aspectos moral, ético e de segurança.

Posteriormente, houve uma evolução do vínculo totêmico para o vínculo sanguíneo. Este se estabelecia dentro de uma descendência, com o uso de vingança privada, que evoluiu para a vingança pública, à medida que o chefe da tribo ou grupo passou a aplicar as medidas punitivas, conforme ensina Nucci (NUCCI, 2007, p. 60-61).

Nesta crescente evolução, o homem abre mão de parcela de sua liberdade, adere ao contrato social e reverte esta perda inicial ao Estado, que assume a responsabilidade

pela paz e ordem pública, e, por conseguinte, garante de maneira formal a segurança e a paz social (ROUSSEAU, 1983, p. 63).

À medida que o homem abdica de parte da sua liberdade, deixa de fazer justiça em caráter pessoal e transfere tal função ao Estado, migrando de um estado tipicamente da natureza para um estado formal, com regras estabelecidas, bem como direitos e deveres oponíveis a todos.

Na Idade Média, o Direito Penal canônico consolidou as punições públicas como as únicas justas em contraposição à vingança privada até então utilizada pelo Direito Germânico, servindo de caminho para a sedimentação das punições aplicadas pelo Estado (SHECAIRA; CORRÊA, 2002, p. 31).

A Igreja impunha a reclusão forçada para os seus integrantes, hereges e criminosos de toda sorte por ela julgados, sendo a pena privativa de liberdade vista como reabilitação para o Direito Canônico. Assim, a penitência era uma graça concedida ao criminoso, e a reabilitação decorria da sua íntima adesão ao sofrimento purificador do perdão.

Mariano Funes (1953, p. 153) aduz que a Igreja implementou a prisão canônica com base nas perspectivas de solidão (isolamento) e silêncio (introspecção). A lógica que sustenta tal modelo possui bases eminentemente espirituais, tendo sua coluna mestra na moral católica, ou seja, na libertação dos pecados pela dor, numa combinação de remorso e assunção de culpa com arrependimento moral pelos crimes cometidos. A união dessas variáveis conduz a uma reavaliação pessoal e moral, obtida com os instrumentos de isolamento, introspecção e ligação com o Criador por meio de preces.

Na perspectiva de encarceramento como forma de punição na igreja, Pimentel (1977, p. 13) demonstra que a prisão celular propriamente dita nasceu no século V com aplicação restrita aos mosteiros, ou seja, sanção eminentemente clerical, pois a Igreja não possuía legitimidade de aplicação de penas seculares, em particular a pena de morte, o que, na prática, fortalecia o valor da segregação como penitência. O encarceramento na cela, denominado *in pace*, deu origem à chamada prisão celular, nome que há até bem pouco tempo era usado na legislação penal.

Santo Agostinho (1990, p. 502) entendia a pena como retribuição e correção divina, na linha de penitências pessoais, com vistas à obtenção de arrependimento do pecador ainda em vida.

Já São Tomás de Aquino (1997, p. 59), em sua *Suma Teológica*, propõe claramente punições penais essencialmente retributivas, trazendo o conceito de coação e a possibilidade de todos abrirem mão da prática de crimes. A diferenciação entre a visão dos santos se dá porque Santo Agostinho tinha uma visão absolutamente teológica do perdão dos pecados, sem preocupação alguma com o viés jurídico (MARQUES, 2008, p. 57).

A Igreja atuou de forma eficaz na desconstrução do modelo vigente na Idade Média, da vingança privada para a construção de um novo modelo de punição a partir do Estado formal, de distribuição de justiça equitativa estatal, mesmo que ainda carregada de aspectos teológicos, como visto em Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Esta atuação do pensamento religioso foi essencial para que se acrescentasse o desvalor da conduta como essencial à legitimação da punição.

A penitência sacerdotal cumprida nos mosteiros como espécie de sanção eclesiástica serve de base para o perfil da prisão como hoje percebida e utilizada, num misto de punição, isolamento e subtração de tempo útil de vida do apenado.

No absolutismo vivenciado entre os séculos XV e XVIII, discutia-se o conceito de responsabilidade flutuante em relação à necessidade de punição, mesmo que tal punição não recaísse sobre o autor do fato.

Nesta linha, Bruno (1959, p. 55) sustenta que a punição dos cidadãos, efetivamente, se traduz pela destruição do crime, ainda que simbólica, e que tal exigência é de tal magnitude que há necessidade de que essa violação e a posterior punição recaiam em alguém, até mesmo em parentes do agente, na impossibilidade de punir o real culpado, o que denominou de responsabilidade flutuante na busca incessante de um responsável que cumpra a pena. Assim se promoveria a libertação das impurezas com que o crime contagiara o grupo familiar ou clã.

A prisão, então, num processo de humanização das punições, passa a ter um papel de absoluta relevância nas sociedades civilizadas, buscando retribuições de cunho mais regenerativo que físico, numa clara evolução em relação às práticas anteriores.

Tal como a conhecemos, continua a ser a resposta mais utilizada pela humanidade em relação aos crimes em geral, e mesmo seu caráter aflitivo afigura-se como o circo penal a que todos os países recorrem. Povos primitivos ignoravam quase que completamente as penas privativas de liberdade e as prisões, pois utilizavam a pena de morte como medida suprema, pura e simples, e para os crimes reputados graves e atrozes, apenavam os culpados com suplícios adicionais, de efeitos amedrontadores (OLIVEIRA, 2002, p. 6).

No século XVI surgem as galés, navios-prisões que devidamente adaptados, passam a servir de presídios com trabalho forçado, envolvendo punição e valor econômico na venda de delinquentes para trabalhos naquelas embarcações. As galés somente desapareceram com o desenvolvimento da navegação (OLIVEIRA, 2003, p. 51).

Em substituição às galés, e com intuito de defesa social, na medida da crescente criminalidade urbana da época, foram idealizadas e implementadas as instituições de correção com foco em segmentos específicos de menor potencial ofensivo, com o objetivo de reforma dos infratores por meio da ordem, trabalho e rígida disciplina. Com o sucesso dessa experiência houve uma proliferação deste modelo na Inglaterra e surgiram as *houses of correction ou bridewells* – casas de detenção para ofensas menores, que atingiram o auge no final do XVII (BITENCOURT, 2004, p. 24-25).

O autor aduz ainda que, no último triênio do século XVII, com propósitos assemelhados, foram solidificados na Holanda (Amsterdã) modelos de instituições de correção também voltadas a violações penais de pequeno porte e a “vagabundos” em geral.

No século XVIII, foi fundado o Hospício de São Miguel, construído por determinação do Papa Clemente, em Roma, em 1703, e a Casa de Correção de Grand, na Bélgica, em 1775, com o objetivo de reeducar jovens e proteger velhos, como uma espécie de

asilo, separando homens, mulheres e culpados de infrações mais graves. Um típico equipamento estatal de cárcere, asilo e sanatório num mesmo local.

Neste século é que a prisão foi efetivamente reconhecida e aceita como pena definitiva em si, em substituição à pena de morte e aos flagelos largamente utilizados até então (OLIVEIRA, 2003, p. 56).

Paralelamente surgem duas obras no campo do Direito Penal: o *Dei Delitti e Delle Pene* do italiano Cesare Beccaria, publicada em 1764, e “The State of Prisons in England and Walles” de John Howard, lançado em 1776, obras estas que continham uma radiografia das condições degradantes do sistema prisional da época.

A humanização das prisões teve forte influência em John Howard e Cesare Beccaria, quando o tecido social teve certeza daquilo que imaginava, ou seja, das torturas, abusos e toda sorte de violações ocorridas nos calabouços. Iniciam-se, então, movimentos de repulsa a tais atos, bem como exigências de reformas prisionais que se alastraram em toda a Europa (OLIVEIRA, 2002, p. 6).

Se nos dias atuais os cárceres são, via de regra, locais insalubres com uma superlotação pública e notória, no século XVIII tais instalações eram absolutamente inadequadas, tanto no aspecto físico quanto no tocante às graves violações de direitos individuais mínimos, inclusive a integridade física e a própria vida. Prédios inabitáveis, mais se assemelhavam a masmorras, com a aplicação de castigos físicos e até mesmo privação de alimentos.

Para Beccaria (2012, p. 10), somente a necessidade induz os cidadãos a abrirem mão de parcela de sua liberdade. O conjunto dessas cessões é o fundamento do direito de punir.

Além do rótulo social imposto compulsoriamente aos apenados, o preso ainda sofre abalos de ordem psicossocial, fruto de um processo bem definido por Erving Goffman como *mortificação do eu*, que produzirá efeitos dentro e fora da instituição penal. Desse modo, inicia-se um claro processo de despersonalização do delinquente (GOFFMAN, 1974, p. 24).

Para Goffman (1974, p. 15), as prisões se constituem numa espécie de Instituição Total, servindo como residência e trabalho para indivíduos em situação assemelhada, isolados da sociedade por longo período de tempo e levando uma vida fechada e absolutamente controlada pelo Estado.

Ressalta Goffman (1974, p. 25-26) que, efetivamente, alguns papéis sociais podem ser reconstruídos pelo interno, mas outras perdas não são passíveis de recuperação e podem afetá-los profundamente enquanto seres humanos. Dificilmente será possível reaver o tempo perdido no cárcere, no viés educacional, profissional e no aspecto emocional relacionado à família e aos filhos. Trata-se de uma quase “morte civil” em relação à sociedade, com efeito pessoal altamente degradante.

Sustenta o autor que, mais do que o fato de o preso perder a sua identidade, ocorre uma espécie de deformação pessoal em decorrência de eventuais mutilações diretas e indiretas, permanentes ou não, no corpo, tais como marcas, tatuagens ou até mesmo cicatrizes vitalícias. Esse sentido de *mortificação do eu* que se instala no corpo é encontrado em instituições totais, ocorrendo absoluta sensação de inexistência de segurança, falta de privacidade ainda que mínima e opressão constante do poder disciplinar, o que aponta para um aprofundamento de paranoias e angústias que conduzem ao desfiguramento pessoal. Agressões de outros presos ou de agentes públicos no caso de presídios e tratamentos com terapia de choque em hospícios podem levar a massa prisional ou manicomial a se perceber em instalações nas quais não possuem garantia de vida ou integridade física.

Jeremy Bentham publicou o livro *Teoria das penas e das recompensas*, defendendo o utilitarismo da pena. Criou, ainda, o panóptico, modelo de prisão celular com viés de controle absoluto e visual, que entendia ser de extrema importância na prevenção do crime. Combatia os rigores da prisão, que considerava inapropriada e repugnante, e mais ainda, uma verdadeira escola de formação criminal e misérias da vida, das quais afirmava ter, inclusive, pavor. Opunha-se intransigentemente aos castigos e sofrimentos usualmente utilizados nas prisões, lutando pela adoção de trabalho obrigatório como forma de evitar o ócio, além de estimular as aptidões pessoais dos presos, tudo associado à rigorosa vigilância interna (OLIVEIRA, 2003, p. 54).

Ainda que de maneira não totalmente consciente, Bentham introduz a ideia de que não basta o desvalor da conduta; a pena só é legitimada se útil. Forma-se a necessidade de um somatório de legitimações: o desvalor da conduta e o valor (utilidade prática) do castigo devem coexistir. A pena não poderia mais ser exclusivamente retributiva, muito embora tampouco deva ultrapassar a retribuição.

No século XIX, em particular na segunda metade, a prisão assume a forma essencial de execução da pena. O cerceamento da liberdade passa a ser, em regra, a pena por excelência, relegando-se outras formas de punição adotadas e pensadas pelos reformadores do século XVIII (BARROS, 2001, p. 50).

Em 1984, com promulgação da nova Parte Geral do Código Penal, veio a nova Lei de Execução Penal (LEP, Lei nº 7.210, de 11/7/1984), transformando o anterior sistema legal em rigorosa execução penal.

O Brasil, nas duas últimas décadas do século XX, adere, de forma incisiva, ao modelo punitivo global, instrumentalizado pelo recrudescimento das penas, de rigoroso acompanhamento da disciplina prisional na fase de execução penal, quando foram incorporadas mais restrições ao livramento condicional, à progressão de regime carcerário, ao indulto e comutação de penas, bem como outras maneiras de se conter e eliminar, dos setores mais vulneráveis da sociedade, os elementos indesejáveis (FREIRE, 2005, p. 53).

Este recrudescimento das penas, na prática, significou um retrocesso dos modelos vigentes e um abandono do utilitarismo, voltando à legitimação, dosimetria e execução puramente retributivas.

As prisões, como instituições totais que são, sempre criam tensões entre seus integrantes, sejam detentos ou agentes públicos, tensões estas que são utilizadas como estratégia no controle da população aprisionada.

Goffman (1974, p. 29) sustenta que tal tensão é criada de forma deliberada, e permanentemente mantida para o quase absoluto controle das relações internas. Trata-se de mecanismo visando ao controle e disciplinamento internos.

O poder disciplinar exercido nos cárceres, e mais a relação de poder interno exercido, leva à conclusão de que é um aparelho disciplinar completo e exaustivo. Tal afirmação se desmembra em várias óticas e deve contemplar, de maneira exaustiva, os aspectos relacionados ao indivíduo: o condicionamento físico no sentido de treino corporal, a mensuração de aptidão laboral, o perfil comportamental no dia a dia, a percepção de suas tendências morais, enfim, a sua classificação para uma melhor manipulação ético-moral, porquanto o aprisionamento alinhado a escolas, oficinas e forças armadas exige uma especialização, ou seja, é unidisciplinar. Em outras palavras, a prisão tem por objetivo reformar o apenado mediante imposições morais e físicas visando à recuperação do elemento considerado pervertido (FOUCAULT, 2009, p. 195 e 228).

Verifica-se, então, que a prisão moderna ainda traz consigo o ideal canônico de penitência e redenção, em que o sofrimento faz parte da expiação da pena, acrescido da absoluta necessidade de segregação dos seres considerados antissociais ou pecadores.

Neste contexto, visando ao aprofundamento do tema, faz-se necessária a visitação das Escolas Penais que compuseram várias correntes filosóficas e jurídicas, buscando entender o crime e sua punição, e as consequências para o preso e a segurança pública.

2.1 AS ESCOLAS PENAIS CLÁSSICA E POSITIVA ENQUANTO CORRENTES FILOSÓFICO-JURÍDICAS EM RELAÇÃO A CRIMES E SEUS FUNDAMENTOS

As escolas penais são as diversas correntes filosófico-jurídicas sobre crimes e punições que foram construídas nos tempos modernos, abordando o evento crime e seus fundamentos, bem como os objetivos do sistema penal.

A Escola Clássica, no viés iluminista e de suavização do cárcere, bem como no aspecto de ressocialização, teve significativa importância no período compreendido entre o final do século XVIII e a segunda metade do século XIX, sendo considerada uma nítida reação ao totalitarismo da época. Atuava na perspectiva de que a pena é a resposta ao delinquente que cometeu, conscientemente, um crime, devendo por isso

ser castigado. Sua denominação não surgiu do alinhamento de ideias de positivistas jurídicos, e sim de críticas daqueles que negavam o caráter científico das proposições.

No final do século XVIII, Howard e Beccaria defenderam a suavização do cárcere e a ressocialização dos condenados como medidas mandatórias, propondo um fim utilitário com viés político, tendo como limitador a moral (MIRABETE, 2004, p. 19).

A obra *Dos Delitos e das Penas*, de 1764, publicada por Beccaria, é um marco na formação da “Escola Clássica”. Defende que o fim da pena é impedir que o delincente cause novos danos à sociedade e visa afastar seus pares do cometimento de outros delitos iguais. Penas e métodos para aplica-las devem respeitar proporções que sejam percebidas como justas e necessárias, eficazes e eficientes, atuando de forma o mais perene possível nos cidadãos e o menos aflitiva possível nos delinquentes (BONESANA, 1997, p. 46).

Com a execução das penas alinhadas à lei, os cidadãos podem, além de conhecê-las, avaliar as sanções impostas aos crimes previstos, o que atuará como salutar alerta e método de dissuasão em relação a eventuais inclinações criminosas. Assim, todos podem usufruir de liberdade e de seus bens numa sociedade estável.

A consolidação da escola clássica no século XIX teve em Carrara um expoente com o foco no respeito à condição humana dos apenados, à proporcionalidade das penas aplicadas e à punição com base no livre-arbítrio do criminoso (NUCCI, 2007, p. 69).

Carrara (1971, p. 50-51) fundamentou a escola clássica em quatro axiomas: a) o crime é um ente jurídico e não um ente de fato; b) a punibilidade tem como fundamento o livre-arbítrio, sendo indispensável à livre vontade na execução da conduta; c) a pena é uma retribuição da culpa moral e meio de tutela jurídica; e d) o princípio da reserva legal, sendo função da lei tutelar bens jurídicos relevantes à sociedade.

Utilizando o método racional, tal escola parte da observação geral para a específica (método dedutivo), evidenciando que o ato criminoso é mais ressaltado do que o delincente. Acentuou-se uma valorização da defesa do cidadão contra o arbítrio do

Estado, tendo o ato criminoso sido visualizado como conceito jurídico e considerado como instituto de direito.

Tal escola se assenta sobre princípios liberais e humanitários, com a ferrenha defesa da dignidade humana e dos direitos individuais dos cidadãos perante o Estado, no combate ao absolutismo. Sustenta que o crime é uma violação do direito e que a defesa contra este ato está no próprio ordenamento. A pena deve ser retributiva, pois é um meio de tutela jurídica, devendo ser proporcional e justa. Prioriza a necessidade de defesa da sociedade contra os delinquentes, tendo o interesse social supremacia sobre o individual.

Nessa visão, o organismo social passou a reagir contra eventuais ações anormais de alguns de seus componentes, entendendo que delinquentes são portadores de patologias sociais, sendo insuficiente que a responsabilidade penal se baseie em conceitos morais (BITENCOURT, 2016, p. 103).

Essa escola redirecionou sua atenção no Direito Penal para o viés científico, assimilando as ciências da antropologia, da psicologia e da sociologia criminal, combatendo o livre-arbítrio da escola clássica, posicionando-se no sentido de que a única base para a punição estatal é a defesa social, e mais, que a finalidade da pena é a prevenção (NUCCI, 2007, p. 70).

Discordamos, em parte, que a única base para a punição seria a defesa social, pois, para se sustentar tal afirmação, seria necessário ter havido uma completa exclusão da culpabilidade, da reprovação, do desvalor da conduta. Enquanto a reprovação da conduta for condição para a punição, não se pode dizer que a defesa social (utilidade) é o único fundamento (legitimação) para a pena. Parece-nos, antes, que houve a intenção de fazer preponderar a utilidade em relação ao caráter retributivo.

Recebeu significativa influência da biologia e da sociologia, tendo verificado uma crescente criminalidade ante a ineficácia da sustentação clássica, a difusão do positivismo e o abalo das doutrinas metafísicas. Lançou mão de métodos de observação nos estudos antropológicos e de dados estatísticos que apontavam para um comportamento repetitivo nos fenômenos sociais, entre eles a criminalidade.

Teve três fases definidas: a) antropológica – tendo como base Cesare Lombroso, que sustentava a existência de um criminoso nato (lombrosiano), com aplicação de método positivo de pesquisa nos padrões da época; b) sociológica – tendo como expoente Enrico Ferri (*apud* FERNANDES, 2002), que sustentava a inexistência de livre-arbítrio e a vinculação das práticas criminosas ao meio social vivido; c) jurídica – defendida por Rafael Garofalo, que entendia a periculosidade como fundamento da responsabilidade, a prevenção especial como finalidade da pena, a teoria da defesa social como fundamento do direito de punir sem preocupações com a ressocialização, e a formulação sociológica de crime natural visando a questionar tal noção jurídica.

Garofalo (*apud* BITENCOURT, 2016, p. 106), além de não ter preocupações seja com a correção seja com a ressocialização do delinquente, entendia pela necessidade premente da prevenção especial, com a eliminação do criminoso. Insistia que a defesa social era o ponto central de sua visão jurídica, e que neste aspecto a não ressocialização era ponto focal.

Von Liszt (2003, p. 143-144), ainda no século XIX, dentro da escola positivista, evidencia que a pena é uma reação social a atos antissociais; ressalta o poder intimidatório das penas em abstrato, entendendo que na finalidade da execução dela se contempla na resposta à vítima com o apenamento do autor, e, em paralelo, com a ressocialização e a posterior reinserção dele na sociedade. Sustenta que não há de se falar em imposição de pena por mera cogitação, tão somente quando do cometimento de infrações.

Após, surgem as Escolas Mistas ou Ecléticas, buscando mesclar princípios das duas outras, além de movimentos tais como a *Terza Scuola* italiana, que distingue disciplinas jurídicas e empíricas; observa o delito como fenômeno social ou fato complexo; rejeita o conceito de delinquente nato; defende o dualismo penal; vê a pena como correção e readaptação.

A Escola Alemã adota o método lógico-abstrato para o direito penal e o indutivo-experimental para as demais ciências criminais; distingue imputáveis de inimputáveis; o crime é visto como fenômeno humano-social e fato jurídico; adota a função finalística da pena; elimina a pena de prisão de curta duração.

Já a Escola Técnico-Jurídica entende que o delito é pura relação jurídica, a pena é reação e consequência com função preventiva geral e especial aplicada aos imputáveis, e como medida de segurança aos inimputáveis. O método técnico-jurídico recusa a filosofia no campo penal.

A Escola Correccionalista sustenta que a pena é privação de liberdade e indeterminada; o juízo pode ampliar o conceito de individualização da pena; a função penal é preventiva e de tutela social; a responsabilidade penal é coletiva, solidária e difusa.

Finalmente, a Escola ou Movimento de Defesa Social entende que a sociedade deve enfrentar a criminalidade, buscar os meios para a proteção social e impedir que os demais cidadãos adiram a ações criminosas.

Como caminho lógico a ser seguido no desenvolvimento do presente trabalho, uma vez visitadas as escolas penais que possuem entendimentos diversos da pena enquanto sanção, passa-se a examinar a Teoria da Pena no item seguinte.

2.2 A TEORIA DA PENA E SUA RELAÇÃO DIRETA COM OS REGIMES DEMOCRÁTICOS NO VIÉS DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

Existe uma relação direta entre Estado e pena, já que o desenvolvimento daquele está mutuamente ligado a esta. O Estado a usa para regular a convivência social em patamares minimamente aceitáveis. Entende-se que a pena é um recurso primordial à disposição do Estado para a pacificação social e que o estudo das teorias da pena, suas finalidades e funções relaciona-se ao estado atual dos regimes democráticos (MUNHOZ CONDE, 1975, p. 33-40).

Neste esforço de entendimento da lógica da punição, inicialmente no viés do pensamento jurídico das escolas penais, apontam-se as teorias das penas propriamente ditas, particularmente na sua evolução – de retributivas para ressocializadoras –, visando ao posterior entendimento do cenário caótico a que chegaram as prisões, os regimes e os modelos adotados no Brasil, em particular o RDD.

2.2.1 A Teoria Absoluta ou Retributiva e sua materialização como conceito de justiça na retribuição à violação ocorrida no crime

A teoria absoluta ou retributiva apoia-se na relação mutuamente exclusiva entre pena prevista e crime praticado. A característica marcante mostra a pena como retribuição direta à violação ocorrida pelo cometimento do crime. A pena termina por ser a materialização do conceito maior de justiça. Logo, a pena é um mal atribuído a quem violou as normas vigentes, tendo em vista a necessidade absoluta de restabelecimento de tais normas, tanto para a pacificação social como para a confirmação do poder de mando estatal.

Tendo como núcleo essencial a concepção da pena como um mal em si mesma, enxerga-a como a retribuição a outro mal anteriormente praticado, emergindo daí sua justificação na punição dos atos criminosos realizados (FERRAJOLI, 1995, p. 253-254).

As teorias absolutas se apoiam num marco de exigência de justiça: busca-se a punição daquele que efetivamente violou a lei e, por conseguinte, cometeu um crime (*punitur quia peccatum est*). De forma veemente, não aceitam os fins utilitários da pena, explicando-a pela direta retribuição jurídica. Logo, se apresenta como pura e simples consequência direta do delito ou, em outras palavras, é a aplicação de um mal considerado socialmente justo *versus* o mal injusto ocasionado pelo cometimento do crime (NORONHA, 2004, p. 225).

Com o Estado burguês amparado pela teoria do contrato social e expressando a soberania popular, a pena passa a ser percebida como violação à ordem jurídica, aceita pelos cidadãos e personificada na lei, com a missão de restabelecer a ordem jurídica violada ou interrompida. Em síntese, a pena tem por finalidade fazer justiça; já a culpa do delinquente precisa ser equilibrada com a aflição de um mal, denominado de pena (ROXIN, 1986, p. 12).

A base ideológica das teorias absolutas repousa na legitimação do Estado como detentor da justiça e num complexo de ideais morais, de autodeterminação e de fé,

que fundamentam e validam o papel estatal à proteção e ao zelo das liberdades individuais.

Entre os defensores das teorias absolutas, Kant e Hegel se destacam. Reconhecem o Estado como provedor da liberdade individual dos cidadãos, ao tempo que detém o monopólio da aplicação da justiça.

Na visão kantiana, a pena se impõe por necessidades éticas, com base no valor moral da lei penal e sem a preocupação de eventuais efeitos preventivos:

[...] a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência, e manifesta-se dizendo que a pena judicial, distinta da natural, que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão somente porque delinuiu; porque o homem nunca deve ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos do direito real: diante disso protege-se sua personalidade inata, ainda que possa ser condenado a perder sua personalidade civil. Antes de se pensar em tirar dessa pena algum proveito para si mesmo ou para seus cidadãos, deve ter sido julgado como merecedor de punição. A pena é um imperativo categórico. (KANT, 2003, p. 45-50).

Para Kant (2003, p. 45-50), a justificação da pena é de ordem ética, baseada no valor moral da lei violada pelo autor do delito, enquanto Hegel entende que a justificação da pena é eminentemente de ordem jurídica, tendo em vista a urgência na reparação do mal causado, infligindo-se outro mal que termina por restabelecer a ordem legal.

A ética kantiana delimitava e definia o campo de atuação do Direito Penal, negando a existência de fins utilitários ou políticos da pena. Considerava que o crime era uma transgressão do direito do cidadão, e que a lei de Talião deveria ser parâmetro de regência, criando uma forma de Talião Jurídico que terminaria por evidenciar que o crime era, simultaneamente, pressuposto e medida da pena (QUEIROZ, 1999, p. 21).

Kant (2003, p. 45-50) aponta, ainda, uma relação entre o Direito e a moral, sustentando que deveres jurídicos, ainda que indiretamente, se convertem em deveres morais. As assertivas gerais de seu pensamento apontam para a sua concepção de Direito Penal ou direito de castigar outrem. Nesta linha, a pena se dirige

ao culpado e não à sociedade, pois a penalização visa alcançar a realização de justiça na medida da violação legal. Assim, a pena deveria ser aplicada somente por ter havido violação à lei.

Nesse sentido, Kant visualizava que a aplicação da pena era mandatária, solidificando a sua posição de retribuição moral, exemplificando, inclusive, que se houvesse a dissolução voluntária de um Estado, antes o último assassino preso deveria ser executado, pois somente assim a culpabilidade dele não recairia no povo que não exigira a sanção. Ou seja, se não se tomasse tal providência, todos indistintamente seriam partícipes da violação do critério de justiça (SHECAIRA; CORRÊA, 2002, p. 130).

Para Hegel (apud NUCCI, 2007, p. 68)., crítico da visão kantiana em relação ao retributivismo, a pena se justificava na medida do atendimento da vontade geral da sociedade, apoiada na ordem jurídica violada pelo livre-arbítrio do criminoso. Concluía que a pena é retribuição no sentido antagônico à conduta criminosa.

Existe aqui uma questão formal, bastante próxima da atitude jusfilosófica de Kelsen: cabe ao legislador, não ao aplicador da norma, a função de estabelecer o quanto a pena é justa/útil. Justo e jurídico seriam sinônimos. Assim, o objetivo é aplicar a lei, e não uma efetiva busca por justiça no caso concreto, que seria uma quimera e um valor metajurídico.

Então, o crime é a negação da vontade geral, e a pena a sua reação contrária. Na concepção dialética hegeliana, a pena é a negação da negação do Direito, o que conduziria ao restabelecimento do *status quo ante* do direito lesado (SHECAIRA; CORRÊA, 2002, p. 13).

Hegel (apud SHECAIRA; CORRÊA, 2002, p. 13) opinava que a pena servia como restabelecimento da ordem social violada, já que a vontade coletiva foi afetada pela vontade do particular, ou seja, do criminoso. A síntese de seu pensamento claramente se traduz na expressão de que “a pena é a negação da negação do direito”, donde se pode inferir que tal medida conduz à manutenção da estabilidade jurídica anteriormente quebrada. Para Hegel, a pena é a maneira de compensar o delito,

recuperando o equilíbrio jurídico rompido, e, tal como Kant, atribui uma visão talional à pena.

Aduz Carrara (2002, p. 74) que o fim da pena é a recomposição da ordem social e não somente a realização de justiça; ou a vingança pretendida pelo ofendido; ou ressarcimentos de qualquer natureza ligados ao dano cometido; ou apenas a introjeção de medo na sociedade, nem que o criminoso pague por seu crime, ou mesmo que se recupere. Esses são, ou podem ser, liames acessórios vinculados à pena, mas a pena se manteria inatacável na ausência de todos eles.

Roxin (1997, p. 9) faz veemente crítica à teoria da retribuição. Entende tratar-se de verdadeiro ato de fé e de irracionalidade, pois tem como premissa que a violação praticada pelo delinquente é compensada com a pena retributiva, não sendo esta teoria aceitável, por não ser compatível com a democracia. Em outras palavras, a anulação de um mal com a agregação de outro mal, quais sejam fato e pena, é uma ilação de caráter metafísico, logo, somente possível por atos de fé.

A lógica de Roxin ao negar a teoria retributiva da pena parte do problema base que é tentar estabelecer uma equivalência entre os males do crime e da pena, uma vez que são elementos absolutamente heterogêneos e de difícil quantificação. Naturalmente que, mesmo na ausência de equivalências, a perspectiva de proporcionalidade entre a violação e a punição via pena não impede avaliações aproximadas na construção de cada pena individualmente.

Foucault (2009, p. 34), por outro lado, assevera em relação às penas que, anteriormente, o suplício dosava uma lesão física em termos de qualidade e profundidade, bem como quanto ao equilíbrio das dores e à gravidade do crime. O autor entende pela existência de um verdadeiro “código jurídico da dor”, no qual a pena não é infligida aleatoriamente, e sim minuciosamente programada em termos de golpes, açoites, locais de mutilação, e até mesmo tempo de agonia pré-morte. Mutilações de todos os tipos e outros suplícios, combinados ou separados, conduziam a uma matriz de penas nas visões particulares dos tribunais da época.

Como lógica, o Direito Penal age como restrição forçada da vontade do particular, para a manutenção da estabilidade social, pois o ser humano, por meio de sua ambição, tende a se utilizar de processos de dominação. É o direito que lhe promove a passagem do estado natural para o cultural (MARQUES, 2008, p. 103).

Tal teoria nega a função preventiva da pena, no aspecto de prevenção geral ou especial, já que essa prevenção é vista como afrontosa à dignidade humana, rebaixando o ser humano a mero instrumento na obtenção de fins sociais, sendo possível deduzir que esta teoria fixa limites à própria imposição da pena, protegendo o cidadão do arbítrio do Estado.

2.2.2 A Teoria Relativa ou Preventiva e sua relação unívoca entre cometimento de delitos e aplicação de sanção, objetivando a prevenção atual e futura de novos delitos, de viés utilitarista

Em sentido diverso da teoria retributiva, que se baseava apenas no simples fato do cometimento de delitos para a aplicação da sanção, a teoria relativa ou preventiva da pena visa prevenir práticas delitivas, obstando práticas futuras. Também conhecida como teoria utilitarista, a função da pena se baseia na prevenção e não apenas na retribuição do mal. É uma forma de manter a paz e o equilíbrio do tecido social; assim, as pessoas que tiverem uma tendência criminosa já estarão segregadas, impedindo-se a ocorrência de novos crimes.

As teorias relativas buscam um fim utilitário para a punição. O fato delituoso não é, por si só, causa da pena, mas oportunidade para a sua aplicação, não se fundamentando em ideia de justiça, senão na necessidade social (*punitur ne peccetur*). Tem proposição de advertência aos criminosos em potencial, além de atingir também os violadores da lei; por consequência, têm um fim eficiente: a prevenção geral e a prevenção particular (NORONHA, 2004, p. 225).

Nesta teoria, conhecida como finalista, a pena defende a sociedade e busca impedir novos crimes, sendo fundamental visualizar o perfil criminoso com fins específicos de prevenção eficaz da mancha criminal. A pena visa evitar que o criminoso continue a delinquir ou venha a estimular outros a fazê-lo.

Tanto nas teorias absolutas como nas relativas, a pena é considerada um castigo justo e necessário. Para as primeiras, trata-se apenas de uma retribuição pura e simples ao mal antes realizado. Sua finalidade precípua é inibir novos cometimentos de crimes.

Bentham (1943, p. 228) consolida o entendimento de que a finalidade precípua da pena é o exemplo. Defende a publicização dos castigos, entendendo que tal publicidade deve focar o crime e não o criminoso, bem como que a publicidade controla a corrupção do próprio sistema.

No panóptico, modelo proposto pelo autor, o povo deve ter acesso às penitenciárias sem ver o rosto dos reclusos, pois, a fim de recuperá-lo para a sociedade, sua exposição seria indesejável. A meta é o crime, e não o criminoso.

No sentido de utilidade social da pena, Prado (2007, p. 541) observa que não é uma necessidade em si mesma, de atuação do critério de justiça, mas, fundamentalmente, de ação preventiva de garantia e acautelamento social, visando à não continuidade ou à prática de crimes futuros. Na visão do autor, pena é prevenção.

As teorias da prevenção podem ser divididas em gerais e especiais.

A prevenção geral, enquanto finalidade socialmente útil no controle da violência, atribui à pena a prevenção de crimes. A norma penal se dirige a todos e não somente aos delinquentes. Foca no controle da violência, visando diminuir ou mesmo evitá-la. Expõe para o tecido social as consequências de quem age ilicitamente. Divide-se em negativa e positiva.

A prevenção geral negativa, nos moldes da advertência estatal destinada ao tecido social para o não cometimento de delitos, contém uma coação psicológica de advertência voltada à sociedade, com a finalidade precípua da não prática de crimes. A ameaça punitiva numa tipificação penal insta a sociedade a temer a lei e, por via de consequência, a não praticar crimes. Desestimula a ocorrência de novas violações penais por meio da coação psicológica a potenciais criminosos.

Feuerbach (apud QUEIROZ, 2001, p. 36-38) foi o responsável pela concepção da teoria da prevenção geral negativa baseada na Teoria da Coação Psicológica. Afirma que todos os homens teriam uma impulsividade criminosa, vinculada a uma teórica sedução que as condutas delituosas apresentam.

Crimes seriam praticados devido aos impulsos desviantes não reprimidos pelos indivíduos, e por não terem tido barreiras impeditivas que os desviassem da trilha criminosa. A possibilidade de sanção, conjugada com uma razoável certeza de sua aplicação, age como ação dissuasora do ato, logo, uma coação psicológica sobre o ser coletivo social, agindo de maneira particular em relação a criminosos potenciais, que teriam tal barreira psicológica a atuar de forma eficaz no pensamento delituoso.

Estes impulsos sensuais e desviantes podem ser evitados desde que fique claro para os cidadãos que para seus atos criminosos haverá uma reprimenda maior (a pena imposta) que a satisfação do seu impulso criminoso (SMANIO; FABRETTI, 2016, p. 38).

Para que o tecido social perceba o vínculo das injúrias ao mal maior, é necessária uma previsão legal, apontando a penalidade vinculada à ação cometida, e a execução, devendo ser demonstrada a correlação entre o ato ilícito e a violação da regra. Assim, a coação psicológica se assenta de forma harmônica entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo único de intimidação.

De acordo com essa teoria, a vedação legal e as penas efetivamente aplicadas aos infratores serviriam para intimidar a comunidade. Entende-se que a pena é prevenção e sanção, um meio eficaz para manter a ordem e a segurança social, detendo o criminoso potencial no limiar do delito (BELO, 2015, p. 39).

Logo, a pena não seria retribuição e sim prevenção. O Direito Penal seria a macroprevenção geral, imposta via coação psicológica, infligida pela possibilidade de apenamento.

Assim se verifica que, além da intimidação de cunho legal, é mandatória a efetiva consolidação da sanção renunciada, com a finalidade de reforçar as ameaças legais

em abstrato construídas, advertindo o cidadão quanto à atuação estatal que puniria todas as violações, inexistindo quaisquer outras soluções que não fossem o absoluto respeito às leis.

A prevenção geral negativa se vale do caráter ameaçador da pena, visando resguardar bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, o que poderia indicar uma solução para o problema da criminalidade. A pena produziria, mentalmente, no indivíduo uma motivação para a abstenção no cometimento de delitos.

Ao verificar que apenas coerções físicas não conseguiriam proteger direitos na sua totalidade, Feuerbach (1989, p. 60) aduz ser fundamental evitar, de todas as formas, as lesões jurídicas, devendo existir outra coerção, em paralelo à coerção física, que permita visualizar a consumação antecipada da lesão jurídica, necessariamente advinda do Estado. Não é mandatório o conhecimento prévio da lesão. Tal proposta de coação se amolda, claramente, a uma coação de índole psicológica.

O fundamento jurídico dessa ameaça é a imperiosa necessidade de segurança do Direito do meio social. A execução da pena é apenas a consolidação da ameaça, reafirmando o poder estatal por intermédio da coação psicológica, obtida no cumprimento pelo Estado da sua obrigação da manutenção da convivência social (BRUNO, 1967, p. 92).

A partir das ideias referidas, Feuerbach formulou sua teoria da legalidade ou princípio da legalidade penal, dispondo que qualquer pena jurídica aplicada pelo Estado se liga a necessárias lesões jurídicas, e que deve haver uma lei vigente que defina anteriormente as sanções passíveis. Surgem, então, três princípios, considerados os iniciais do direito penal, a saber: I) *Nulla poena sine lege*: Qualquer pena pressupõe uma lei penal; II) *Nulla poena sine crimine*: A condenação a uma pena é condicionada à existência de previsão legal; e III) *Nullum crimen sine poena legali*: O ato anteriormente previsto (pressuposto legal) é condicionado pela pena legal.

De forma inovadora para o século XIX, a atitude de Feuerbach de defender uma teoria pragmática de presunção geral, conformando sua visão de pena à sua teoria da coação psicológica, alinha-se com a pena justa kantiana.

Lehrbuch sustenta que a aplicação da pena tem por finalidade a fundamentação da ameaça estatal, pois sem ela tal medida não seria eficaz. A finalidade de aplicação da pena é meramente a intimidação geral da sociedade por meio do instrumento legal, que é a lei (FEUERBACH, 1847, p. 39).

Bitencourt (2016, p. 111) ensina, em continuidade a Kant e Hegel, que a pena é direito-dever do Estado e sua aplicação atua não sobre o criminoso, e sim no fato. Acrescenta que as penas devem ser justas e proporcionais à culpabilidade.

Queiroz (2005, p. 34), numa análise da teoria de Feuerbach, sustenta que a finalidade da pena não se associa à prevenção em relação a crimes futuros de pessoa em particular; nem à moral, já que esta se associa à ética e não ao direito em si; menos ainda a um possível aperfeiçoamento de cunho moral, porquanto se estaria em sede de objeto de expiação, porém não como objetivo da pena.

O princípio da legalidade penal, hoje, atua como uma garantia fundamental do indivíduo *versus* a potestade do Estado, numa função eminentemente garantista.

Aduz Roxin (2006, p. 139) que o princípio da legalidade evita punições arbitrárias ou desparametrizadas na própria lei, ou, ainda, eventualmente calcadas em leis baseadas em obscuridades ou retroativas, que venham a violar direitos dos cidadãos.

A teoria de Feuerbach foi construída sob a égide da real ameaça estatal, sob pena de ineficácia, ou seja, sem a possibilidade de coerção estatal como instrumento de intimidação do Estado. Sua capacidade de prevenir o cometimento de crimes por parte dos potenciais delinquentes seria inexistente.

Por outro lado, a prevenção geral positiva reafirma o Direito Penal e sua existência. Sustenta que a prevenção dos delitos se dá mediante a atuação positiva do Estado no comportamento social. Também conhecida como fundamentadora ou integradora, ressalta a importância de valores indispensáveis à convivência social, influenciando nos cidadãos a obediência às normas e, por conseguinte, ao direito posto, e evidenciando o poder que o Estado detém.

Tal teoria é tida como factível, porquanto mais próxima da realidade e do cidadão, justificando a intervenção estatal nas liberdades individuais, não podendo ser utilizada isoladamente para sustentar a pena, pois possui foco na sociedade e não no criminoso, que, em última análise, receberá o ônus da sanção penal.

Doutra banda, na Teoria da Prevenção Especial, a atuação do Estado foca no criminoso, objetivando a não reincidência nos delitos, não se vinculando nem à retribuição nem à coletividade. Visa especificamente o ser delinquente. As medidas (equivalentes a penas de prisão) seriam aplicáveis aos sujeitos perigosos, ou seja, aos portadores de periculosidade (BITENCOURT, 2016, p. 152). Esta teoria se divide em negativa e positiva.

A prevenção especial negativa tem como destinatário o criminoso, porém busca especificamente a segregação do delinquente, com o fim de neutralizar possíveis novas ações delitivas, visando controlar a criminalidade mediante a *inocuição*¹ proposta por von Liszt (2003). Aplicar-se-ia ao delinquente não corrigível, sendo uma punição para aquele que sofre e um bem para a sociedade.

No escopo da prevenção especial negativa, os efeitos se dirigem à pessoa criminalizada, com intenção de neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de infligir-se um mal para si mesmo, enquanto, paralelamente, é um bem para o corpo social (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 127).

A inocuição, base da teoria incapacitante, atua como uma revisitação enquanto custódia e controle de presos, na medida em que se neutraliza o delinquente, impedindo-o de atuar criminosamente durante o tempo da reclusão, particularmente os perigosos, reincidentes e irrecuperáveis. Esta revalorização da função penal denomina-se, atualmente, de “*incapacitation*” na teoria prisional americana, com vertente negativa, sem atuar na ressocialização. A prisão possui um atributo puramente custodial (MUNHOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 220-222).

¹ Termo jurídico com o mesmo significado de prender um réu, enclausurar.

A correção de criminosos se coloca num plano utópico e a prevenção especial se dirigiria à intimidação individual até o limite da não repetição da prática de novos crimes. Diversamente, outros entendem que a prevenção especial tem efeito predominante na defesa social, com a separação ou segregação individual do preso, atingindo-se a neutralização da periculosidade social que ele representa. Nesta hipótese, desenha-se a prevenção especial negativa ou o processo de inocuização (DIAS, 1999, p. 103).

Na mesma linha, observa-se que seria possível atuar contra a reincidência, impedindo que o delinquente cometa novos crimes, fatos estes que se ligam umbilicalmente às teorias de incapacitação e da neutralização. Passa a segundo plano a reinserção social, abrindo espaço à exclusão, que vai desde a simples eliminação à manutenção em prisões *supermax*², ao uso de tornozeleiras eletrônicas e até mesmo à castração para predadores sexuais (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 149-150).

A presunção dessa incapacitação advém, em tese, da periculosidade criminal aferida, ou seja, da possibilidade da reiteração criminosa do agente já condenado. Tem como base a reincidência, ou seja, a real gravidade da violação praticada e, na maioria das vezes, em estudos que conglobam aspectos familiares, sociais e traços pessoais. A reiteração criminosa termina por se apresentar como parâmetro para eventuais aumentos de períodos de pena de prisão a ser cumpridos.

Em alguns países (como, p. ex., nos Estados Unidos) é vista como agravante e pode até mesmo ser fundamentação para a imposição de graus máximos em relação às penas previstas. Em outros casos é utilizada como parâmetro de reações estatais, podendo-se, ainda, aplicar medidas custodiais no aspecto de segurança ou na vedação de liberdade condicional ou de progressão de regime prisional.

A prevenção especial positiva visa atuar para a correção do delinquente, visualizando a pena como dirigida a sua recuperação pessoal e social, com a finalidade de que não ocorram novas ações criminais.

² São prisões de máxima segurança.

Neste sentido, as sanções penais se apresentam tendo como finalidade precípua a reinserção social e a ressocialização do apenado, buscando-se evitar, firmemente, a reincidência (MUNHOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 81-89).

Essas teorias ignoram completamente as teorias de desenvolvimento moral, em particular a de Piaget (1977, p. 11). Elas pressupõem que se pode alcançar uma plena submissão às normas por meio de coerção, o que na verdade significa apenas o primeiro estágio de desenvolvimento moral e, portanto, de socialização: a heteronomia.

Zaffaroni (2003, p. 257-261) afirma que toda esta teoria se baseia nas ideologias do “RE”: ressocialização ou até mesmo complemento de socialização, reeducação formal e pessoal, reinserção no tecido social, repersonalização enquanto ser humano racional, reindividualização como base para o novo recomeço e reincorporação como ser humano à sociedade.

Cumprido ressaltar que o processo mandatório de ressocialização se desenvolve independentemente da vontade do preso, visando docilizá-lo e servindo de suporte a sua reinserção na sociedade. Tal processo interfere nos atos, pensamentos e posturas que, em tese, são parte de um anseio social.

A assimilação de novas formas posturais e culturais em nada ou pouco ajudam nesta tentativa de ressocialização, pois a cadeia transmite modos e formas de agir e pensar, como defesa ou ataque, havendo uma redução da capacidade de autogerir-se do preso, bem como sua submissão às normas escritas e as não escritas dos estabelecimentos prisionais. O encarcerado termina por não conviver com regras sociais postas, vivendo num espaço paralelo, aprendendo formas de comportamento interno que o graduam mais ainda no crime.

A pena termina por se justificar na intimidação, enquanto caráter geral, e nas formas segregativas e de inocuização, considerando utópicas e inalcançáveis as funções ressocializadoras (ANITUA, 2008, p. 761-768).

Esta teoria, em síntese, defende três grandes efeitos, juntos ou separados, que são: a) o sociopedagógico na sociedade; b) a reafirmação e confiança no Direito Penal; c) a pacificação mínima para a vivência em grupos sociais.

2.2.3 A Teoria Unitária, Eclética ou Mista e sua índole retributiva, porém com objetivos reeducativos e de intimidação geral

As Teorias Unitárias, Ecléticas ou Mistas buscam conciliar a exigência de retribuição penal com as prevenções geral e especial. A partir dessas teorias, apresentam a proposta de compatibilizar as finalidades, retributivas ou preventivas da pena, já que, isoladamente, não conseguem surtir seus efeitos. Nessa lógica, a pena em seu aspecto retributivo não exclui a necessária segregação do delinquente, e tampouco a sua possível ressocialização, mantendo-se incólume a função preventiva da pena, pois dirigida ao meio social mediante intimidação (MARQUES, 2008, p. 103).

Na mesma linha de Marques, Noronha (2004, p. 225) assenta que as teorias mistas consistem num agrupamento das demais teorias. Como a pena possui lógica retributiva, objetivando, também, fins de reeducação do delinquente e de intimidação geral, fundem-se numa única linha de pensamento. Em outras palavras, se de um lado afirma o caráter de retribuição da pena, de outro incorpora a sua função utilitária.

Nessas teorias, a pena possui a função eminentemente de prevenção geral, possuindo também caráter subsidiário, a partir da crítica a soluções monistas. Aceitam a retribuição e a culpabilidade como critérios restritivos da intervenção da pena e como sanção jurídico-penal, porém tal sanção não deve apoiar-se em nada além do fato praticado (BITENCOURT, 2016, p. 155-157).

O Código Penal Brasileiro indica no art. 59 que a finalidade da pena alinha-se à teoria mista – a retribuição e a prevenção –, pois o dispositivo enuncia textualmente que o juiz atenderá aos critérios de culpabilidade, reprovação e prevenção do crime, entre outros (BRASIL, 1940).

Essas teorias apontam que para se obter penas justas e com razoável grau de proporcionalidade, não se pode fundamentá-las numa teoria isolada. Inicialmente, a

pena deve proteger os bens jurídicos relevantes e tutelados pelo Estado por meio dos seus instrumentos normativos, atuando para evitar delitos, e, após, quando da sentença judicial, haverá a individualização da pena, realizando-se então as pretensões sociais.

A pena justa é, sem dúvida, aquela que melhor promove as condições de prevenção geral e especial, na medida da compreensão e introjeção social, notadamente pelo criminoso, quanto a sua percepção de justiça de aplicação com possibilidade de pagamento de sua dívida social e a conseqüente reinserção na sociedade. Assim, a retribuição atua como um instrumento preventivo (PRADO, 2007, p. 563).

O Estado deveria, por intermédio da pena (poder punitivo estatal), atingir três objetivos: a retribuição, a prevenção e a ressocialização, promovendo, então, a pacificação social. Porém o problema básico é a absoluta falta de discussão do desenvolvimento moral do apenado, de tal maneira que, mesmo como resultado ideal, ele apenas chegaria à heteronomia, jamais à autonomia, ou seja, jamais faria suas as regras que antes violou, e que passará a respeitar apenas por temor a novos castigos e não por introjeção delas.

Numa reflexão mais acurada, é possível concluir que nenhuma das escolas jamais abriu completamente mão seja da utilidade da pena, seja de seu caráter retributivo; seja da prevenção geral, seja da especial; seja da neutralização, seja da salvação ou ressocialização. Houve práticas diversas, mas sem nenhuma tentativa de elaboração teórica. As diversas escolas refletem aperfeiçoamentos e reações a momentos em que um desses elementos sobressaía de maneira intolerável. No fundo, todas as teorias são “eccléticas”, embora, momentaneamente, hajam tentado ressaltar a importância deste ou daquele elemento.

Como sustentação às fases de retribuição e ressocialização, surgem os sistemas prisionais, idealizados como modelos de execução de penas privativas de liberdade, variando de modelos herméticos, estes sem possibilidade alguma de contato entre delinquentes e terceiros, até modelos progressivos, tudo dentro do modelo fechado.

2.3 OS SISTEMAS PRISIONAIS E SUA EVOLUÇÃO DE ELEMENTO DE CUSTÓDIA PARA DELIMITADOR DE CUMPRIMENTO DE PENAS

Os sistemas penitenciários se iniciaram nos Estados Unidos e, certamente, são a base, direta ou indireta, para os atuais sistemas penais, constituindo-se como delimitadores nas penas privativas de liberdade, que deixaram de ser um mero elemento de custódia. Sua evolução ocorreu, basicamente, nas seguintes fases: o pensilvânico, o auburniano, o de Montesinos e o progressivo, nos modelos inglês e irlandês.

Projetados para funções antagônicas – de um lado impor disciplina e ordem, de outro, prover ressocialização –, equilibram-se em tênues linhas demarcatórias, sendo a alternativa, praticamente única, de repressão à criminalidade atual.

2.3.1 Sistema Pensilvânico: com características de rigidez disciplinar e silêncio absoluto

Conhecido como Filadélfico ou Belga, iniciou sua implementação em 1818, com a construção da *Western Pennsylvania Penitentiary*, e, em 1829, com a entrada em operação da *Eastern State Penitentiary*, na qual o cumprimento das penas se dava em cela individual e isolada, permitindo-se trabalho na própria cela e algum contato com guardas, religiosos e membros de associações de presos (NUCCI, 2007, p. 65).

Neste sistema prisional não eram admitidos quaisquer outros contatos com o prisioneiro, sendo a cela seu confinamento absoluto. Permitia-se tão somente a leitura da Bíblia. Tal regime assemelha-se às penitências decretadas pelo Código Canônico, que buscavam a regeneração moral por intermédio de meditações em isolamento, visando à obtenção do perdão divino. Uma quantidade significativa das pessoas submetidas a este regime desenvolveu graves problemas psiquiátricos, em vários casos sendo acometidas de loucura.

Farias Júnior (2008, p. 35) descreveu com minudência a rotina do apenado: chegando à prisão, passava por exames médicos e higienização; tendo os olhos vendados vestiam-lhe o uniforme; após, recebia orientações de diretores sobre disciplina interna;

posteriormente, era encaminhado à cela, sendo desvendados os olhos; permanecia em silêncio absoluto dia e noite, sem móveis nem utensílios, recebendo o mínimo necessário à sobrevivência (uma refeição diária). Iniciava-se um processo de despersonalização com substituição do nome por número; a ociosidade se impunha de forma absoluta, sem nenhuma atividade.

Remata o autor que neste modelo, com muros altos e torres de vigilância no entorno, o regime celular isolado se impunha como segregação pessoal e material, impossibilitando o preso de se comunicar com quaisquer pessoas. Muitos se suicidavam e outros ficavam loucos ou doentes (FARIAS JÚNIOR, 2008, p. 35).

Tal situação não passou despercebida por Foucault (2009, p. 69), que constatou que sozinho em sua cela, o preso se mantém introspectivo, sem as paixões e tentações que o cercavam diuturnamente, tendo possibilidade de neste ato íntimo revisitar sua consciência, e, até mesmo, despertar o sentimento moral que sempre se mantém no coração humano.

Em relação ao RDD, Bitencourt (2016, p. 648-650) percebeu a existência de aspectos bastante similares ao modelo pensilvânico, evidenciando-se o desinteresse social na ressocialização do preso. Na prática, tal sistema propiciou, devido ao isolamento contínuo, a criação e o aperfeiçoamento de microssistemas de efetiva dominação, bem como o rígido controle de massas de presos, sendo ainda usado em inúmeros estabelecimentos prisionais.

Cabe, neste ponto, uma reflexão sobre as palavras de Bitencourt, já que os modelos prisionais, na maioria dos países, ainda utilizam técnicas de isolamento, totais ou parciais, como forma de manutenção da ordem e disciplina internas. No Brasil sua existência possui amparo legal como medida disciplinar em casos gravíssimos.

Atualmente, no modelo prisional vigente no Brasil, verifica-se que o sistema celular não foi abolido, senão adaptado. Apesar dos supostos efeitos que o isolamento total produz, continua a ser utilizado como instrumento de controle penitenciário. Sob certas condições de legalidade, e sem partir da hipótese da corrigibilidade, o regime celular é aplicado no RDD, destinado aos delinquentes com alto grau de

periculosidade. A Itália também adota, sob certas condições, o referido modelo, sobremodo para o controle da população prisional mafiosa, o que será posteriormente discutido.

2.3.2 Auburniano: com mitigação do silêncio absoluto, porém com castigos físicos severos

A inflexibilidade do sistema pensilvânico levou à criação de outro modelo para substituí-lo: o sistema auburniano. Neste, existia permissão de trabalho diurno e fora das celas, mas com a observância de silêncio absoluto entre os presos, havendo recolhimento celular noturno. Havia uma divisão interna em três categorias: a) presos irre recuperáveis que ficavam isolados continuamente; b) delinquentes indisciplinados, porém recuperáveis, que ficavam três dias isolados na semana e podiam trabalhar; c) detentos recuperáveis, tendo apenas isolamento noturno, sendo permitido o trabalho em conjunto (GILLIN, 1929, p. 279-280).

Possuindo como padrão o silêncio absoluto, não eram permitidas conversas entre os presos, permitindo-se somente o acesso aos guardas com prévia autorização e em voz baixa, sob pena de enquadramento em desobediência e pesadas punições (FOUCAULT, 2009, p. 212-213).

Nesta combinação de isolamento noturno com agrupamento coletivo diurno (ainda que em silêncio), restou facilitado o trabalho interno e em maior escala, o que propiciou melhores condições para a reeducação e a ressocialização dos detentos.

O sistema auburniano, um pouco menos severo que o pensilvânico, funcionava assim: após a admissão, o apenado era higienizado, cortava cabelo e barba, recebia uniforme e era direcionado para sua cela, mantendo-se isolado à noite; o sinal de despertar ocorria às 5h30min, tendo o preso de limpar sua cela e fazer sua higiene; trabalho obrigatório o dia inteiro, sem poder se comunicar com ninguém, ou seja, regime absoluto de silêncio diuturnamente; depois de jantar, o preso se recolhia a sua cela individual; as quebras de silêncio eram motivo de severo castigo corporal, inclusive com o uso de chicote; semanalmente, aos domingos e feriados, havia

possibilidade de andar em lugar predeterminado, porém com a exigência de incomunicabilidade (FARIAS JÚNIOR, 2008, p. 39-40).

Na forma como concebido, o sistema auburniano atendia aos interesses capitalistas da época, pois. Eram pessoas presas sem os direitos mínimos, uma mão de obra barata, controlada e adestrada, que nada exigia.

Como num regime assemelhado ao castrense, os delinquentes eram submetidos a severos castigos, eventualmente cruéis, beirando o absurdo, o que visava à implantação e à manutenção de controles estritos, a fim de se obter uma obediência sem contestações (BITENCOURT, 2016, p. 166-167).

Numa linha de ligação entre regime prisional e controle de multidão, Foucault (2009, p. 240) aponta a influência do modelo monástico, agregado à disciplina imposta pelo trabalho. Conclui que o silêncio ininterrupto (*silente system*), mesmo que com severidade reduzida, permite a docilização dos corpos, sendo instrumento essencial de poder, no qual poucos controlam muitos. Essa rotina sufocante e monótona busca criar indivíduos obedientes, sob as regras criadas por seus controladores.

2.3.3 Montesinos: com visão reintegrativa e ressocializadora, em total contraste com os dois primeiros

Num evidente avanço em relação aos sistemas pensilvânico e auburniano, houve a criação, na Espanha, de um novo enfoque penal humanitário: o sistema de Montesinos.

Com visão reintegrativa e ressocializadora no tratamento de detentos e baseado nas ideias humanitárias do então diretor do presídio Valência, no ano de 1835, o coronel Montesinos se convencera da ineficácia dos métodos disciplinares que envolviam castigos corporais extremos. Tais métodos se apresentavam como extremamente perniciosos para os necessários e desejados progressos morais dos apenados, e mais irritavam do que corrigiam os delinquentes (MONTESINOS, 1962, p. 254).

Na linha do sentido ressocializador da pena no sistema Montesinos, Oliveira (2003, p. 59) afirma que este sistema enfatizava o sentido regenerador da pena. Criou uma forma de trabalho remunerado para o preso não ser explorado e suprimiu os castigos corporais. Sua funcionabilidade era comparada à de um estabelecimento de segurança mínima, em que, surpreendentemente, eram baixos os números de evasões.

A forma eficaz e eficiente instituída pelo sistema Montesinos gerou forte reação social em relação ao trabalho desenvolvido nas prisões, com críticas ao não recolhimento de impostos e a uma concorrência predatória, o que conduziu a um enfraquecimento do trabalho na prisão e à impopularidade do modelo.

A lógica deste sistema se baseava na diminuição dos castigos impostos conjugada com um poder disciplinar racional, instituindo relações bilaterais de respeito, confiança e estímulo no processo de ressocialização (BITENCOURT, 2016, p. 172).

No Brasil existem duas iniciativas de implantação dos Módulos de Respeito, com base no modelo Montesinos> um em Goiás (com pouco sucesso) e outro em Maceió (Estado do Alagoas). Em agosto de 2011 foi inaugurada a unidade prisional regida pelo Programa do Módulo de Respeito, denominada Núcleo de Ressocialização da Capital (NRC), integrante do Sistema Prisional Alagoano e vinculado à Secretaria Estadual de Ressocialização e Inclusão Social.

Chama a atenção que esses modos de repensar os modelos prisionais e os cumprimentos de pena têm demonstrado como resultados baixos índices de reincidência prisional: na unidade de Alagoas, em 2014, chegou a 0% (zero), enquanto a taxa nacional beirava os 70% (ARAÚJO, 2016, p. 41-47).

2.3.4 Progressivo: utilizado no Brasil na modalidade irlandesa adaptada, caracterizado por ciclos de progressão e baseado no binômio tempo e comportamento

Finalmente, a progressividade consolidou a pena privativa de liberdade como linha mestra do sistema penal atual e tornou mandatória a reabilitação do preso, em

contraposição à anterior pena de morte e, anteriormente, aos suplícios. A progressão tem como balizadores o comportamento e o esforço individual do detento, criando a possibilidade de concessão de benefícios e regalias.

Oliveira (2003, p. 62) aduz que nesse sistema, o arco temporal a ser cumprido pelo reeducando era flexível, pois a duração prevista na sentença estava condicionada a fatores externos, vinculados individualmente a cada preso, tais como conduta carcerária e trabalho, entre outras. O condenado, no modelo original, recebia vales ligados a bom comportamento e os perdia quando de indisciplinas.

Inicialmente, o sistema progressivo se estruturava em três períodos de cumprimento e evolução da pena, quais sejam: a) período de prova, do tipo pensilvânico, ou seja, isolamento total, equivalente ao RDD; b) um segundo período com isolamento celular noturno e trabalho diurno e coletivo, do tipo auburniano (atual regime fechado); c) um terceiro período denominado da comunidade, com benefício de semiliberdade, equivalente ao atual semiaberto; e d) liberdade condicional, equivalente ao atual regime aberto.

O sistema prisional progressivo provê uma relação de tempo-comportamento, rebaixando o rigor penitenciário à medida do cumprimento da sentença e da aproximação de seu término. Adotado em 1854, na Irlanda, o binômio conduta e trabalho se apresenta como base do modelo, sendo a pena cumprida em quatro etapas bem delineadas, quais sejam: período de prova cumprido em regime fechado com prazo indeterminado; período de recolhimento noturno com trabalho coletivo diurno; período em semiliberdade, com trabalho extramuros; e liberdade condicional fiscalizada (FERNANDES, 2000, p. 47).

O modelo progressivo propicia ciclos de suavização da pena, que podem culminar com uma facilitação para a reinserção do preso na sociedade. Este regime significou um notável avanço penitenciário, pois, diversamente dos regimes auburniano e filadélfico, valorizou a força de vontade do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo no cumprimento da pena privativa de liberdade.

No Brasil, é adotado o sistema penitenciário progressivo irlandês adaptado, fazendo-o, todavia, com características peculiares, em razão de a pena de prisão não comportar seu desdobramento em todas as fases daquele modelo prisional.

O desvirtuamento do sistema progressivo causa diversos transtornos, já que o pressuposto daquele sistema é o regime fechado como inicial, com regras mais rígidas e poucas regalias. O próprio Código Penal não especifica a distribuição do tempo nas atividades diárias no cárcere, o que foi delegado para a Lei de Execuções Penais, que em seu art. 41, V e VI, determina a proporcionalidade entre trabalho, descanso e recreação.

Trabalho, descanso e lazer são direitos sujeitos ao enquadramento do apenado nas regras disciplinares, sendo tal distribuição de tempo flexível de acordo com as peculiaridades de cada unidade, seja por ato motivado da direção, seja por decisão judicial. Logo, o primeiro grande equívoco se assenta no início de um regime fechado sem o cumprimento das particularidades a ele inerentes, ou seja, mais rigoroso e gradativamente flexibilizado, atendendo à individualidade de cada preso, num claro desvio do modelo inicialmente proposto.

2.3.5 A finalidade como forma racional estatal de reinserção social

A prisão não deve ser vista unicamente como forma de contenção de pessoas, nem só como expiação obrigatória de seus crimes ou mera reforma pessoal, mas como uma educação racional capaz de influir sobre o futuro que as aguarda, quando da liberdade. Curiosamente, o tecido social prefere que o preso permaneça isolado de sua convivência, não sendo relevantes as suas condições de vida dentro da prisão, sem perceber que, num certo tempo, ele estará de volta à sociedade, muitas vezes pior do que quando adentrou o sistema prisional.

Este distanciamento foi percebido com bastante clareza por Dias (2011, p. 96), quando enfrenta o tema e expõe que esse “Outro” (o preso) é visto com uma real ameaça, com sua exclusão liminar do conceito de justiça dentro do viés moral da comunidade; seu sofrimento não impacta em absolutamente nada aqueles que os excluem. Neste processo de exclusão moral, a massa social considera o preso como

um ser insignificante, não se identificando com seus sofrimentos, nem percebendo as injustiças a que estão submetidos.

Esta insignificância conduz à invisibilidade, podendo ocorrer, como de costume, negligências a suas necessidades básicas, em particular, a um justo tratamento. Por não obterem qualquer forma de solidariedade social, as violências por ele sofridas nem sequer são levadas em conta pelo meio, que aceita de forma velada tais agressões físicas ou morais, mantendo os agressores fora do radar social das injustiças.

O Estado, na sua função distributiva de justiça, tem o dever de manter o preso socializado e manter suas ligações pessoais intactas (desde que não sejam ilícitas), não permitindo a anulação de sua personalidade em face de sua nova realidade, que é a sociedade dos encarcerados.

Esta intenção de ressocialização foi percebida por Rodrigues (2000, p. 52) como um fim positivo, mas não necessariamente conservou ou buscou conservar os Direitos Fundamentais dos apenados na sua caminhada carcerária. Mais que visar ao aperfeiçoamento da socialização primária, o Estado deve buscar a não dessocialização no arco temporal da execução penal, mantendo os direitos de cidadão não restringidos pela sentença e atuando para a redução da marginalização e dos efeitos nocivos percebidos e vivenciados nos ambientes carcerários.

Os conceitos de não dessocialização devem ser paralelos ao conceito de socialização, na forma da vigente Constituição, a permitirem que o Estado atue preparando a reinserção social num contexto de a-sociabilidade, o que, em tese, poderá influir de forma decisiva nos próprios índices de reincidência.

O microsistema interno das prisões conduz, na maioria das vezes, a uma anulação dos traços pessoais de personalidade, amoldando-os às regras do sistema carcerário, que em nada contribuem para a ressocialização ou a reintegração do detento à vida social. O próprio esgarçamento dos laços familiares, somado às dificuldades normais, seja pela distância, seja por outros fatores, faz da prisão uma sociedade anômala,

regida por leis e códigos de honra próprios, e na maioria das vezes, dissociados do tecido social.

Os critérios eminentemente segregacionistas, exceto para os elementos de alta periculosidade, podem retornar para a sociedade em forma de novos e mais violentos crimes, pois, depois de passar alguns anos segregados, os detentos aprendem e se utilizam de métodos e técnicas restritas àquela comunidade fechada, num ciclo interminável e caótico.

A prisão – como o meio de execução da pena – deve garantir inicialmente a punição, retribuindo o mal causado e privando o delinquente do bem que é a liberdade, retribuição esta à violação causada pela prática do delito. Deve, em seguida, impedir a prática de outros crimes, mostrando à sociedade as consequências do descumprimento das normas; por fim, deve ter como principal objetivo a reeducação e a reinserção social do indivíduo, pois este retornará em curto espaço de tempo ao seio social.

3 ENDURECIMENTO DAS LEIS PENAIS A PARTIR DOS ANOS 90 E A INEFICÁCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO DE RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL

A ditadura militar implantada no Brasil em 1964, em particular a partir da década de 1970, promoveu uma desastrosa política carcerária mantendo presos comuns alojados com presos políticos nas mesmas prisões, ignorando as diferenças pessoais, políticas e ideológicas. Crasso erro!

Porém, tal situação promoveu intensas trocas de conhecimentos em ambos os grupos: presos comuns, antes com atuações singulares, passaram a ser alimentados ideologicamente, bem como os presos políticos receberam proteção interna e a possibilidade de alianças, podendo-se afirmar ser este momento considerado como uma verdadeira gênese das Orcrims, do tipo facção, no Brasil (COELHO, 2005, p. 121-123).

A troca de conhecimentos, teóricos e práticos, devido a esse grave erro administrativo facilitou a organização de atos criminosos, suas execuções e a potencialização de tais organizações. Nesta alimentação recíproca de técnicas e conhecimentos, houve o fortalecimento dos grupos comuns e políticos, viabilizando o início do enraizamento da criminalidade organizada no país.

De posse de técnicas e treinamento, ainda que teórico, a formação de grupos criminosos comuns se alastrou, inicialmente no Estado do Rio de Janeiro, e, após, com a omissão relevante do controle da massa carcerária, migrou para São Paulo e para o resto do País. Estes projetos de gangues que evoluíram para agrupamentos disputavam espaço com presos mais fortes fisicamente, que implantavam regras de violência nas cadeias, num ciclo permanente de abusos e violação de direitos dos demais presos.

Na evolução dessas quadrilhas foi adotado um modelo do tipo sindical, visando a melhorias internas, adequação de alimentação e respeito, além de mudanças nos tratamentos de agentes com os presos e seus familiares. Passaram a promover fugas e revoltas, bem como o cometimento de crimes e a imposição coercitiva de “culpados”,

estes conhecidos como “canetas”³, pois, eram responsabilizados pela maioria dos ilícitos cometidos pelas Orcrim nas unidades carcerárias (NEGRINI, 2002, p. 75-79).

No modelo da época, a violação à dignidade do preso, seja pelas constantes agressões, seja pela superlotação e ausência de políticas públicas, fomentou o crescimento das Orcrim nos presídios. Nesse estado de coisas foi criado o Primeiro Comando da Capital (PCC), que utiliza o número 1533, numa simbologia ligando posição de letras do alfabeto a números, e é conhecido como “Partidão”, sendo, atualmente, a maior Orcrim brasileira. Possui raízes no exterior, em particular nos países limítrofes com o Brasil.

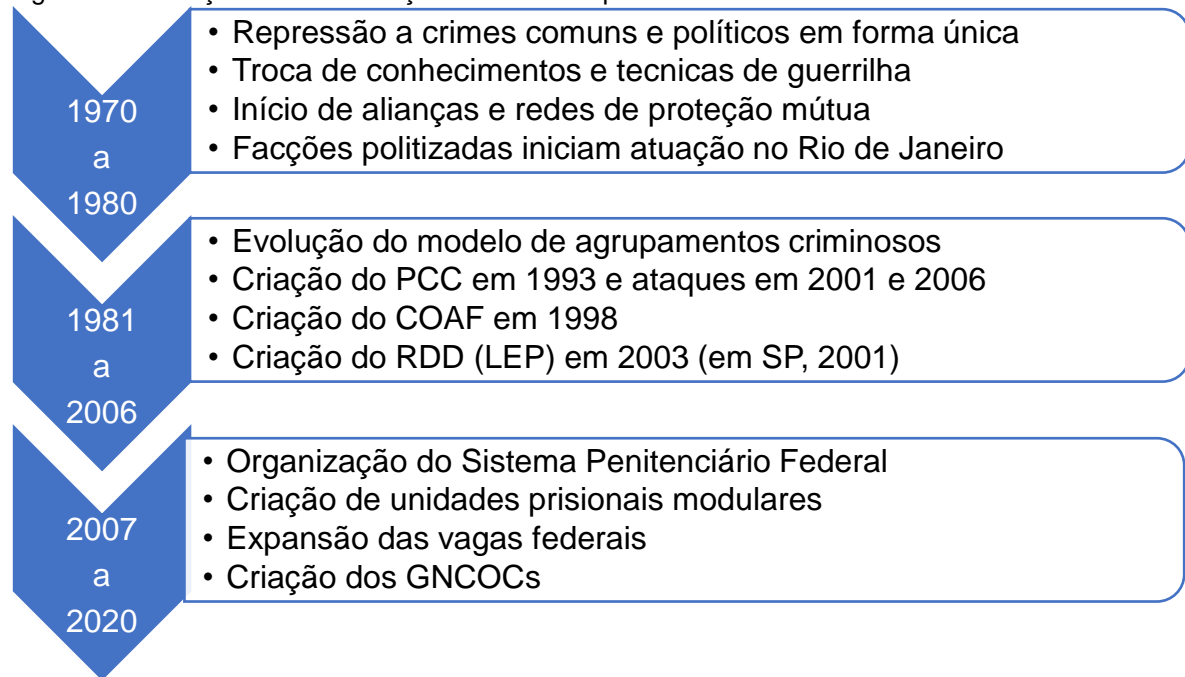
Fundado no estado de São Paulo em meados de 1993, no anexo da Casa de Custódia de Taubaté, conhecida pelo rigor aplicado no trato com presos, inclusive com excesso de violência física, foi criado como uma espécie de ente sindical com a finalidade de contestar atos das autoridades penitenciárias e exigir seus direitos previstos constitucionalmente (PORTO, 2007, p. 120-127).

Passados oito anos, o PCC demonstrou toda a sua capacidade de mobilização e poder de articulação, promovendo rebeliões simultâneas em 29 cadeias no estado de São Paulo em 2001; cinco anos depois, em 2006, quase paralisou aquela capital com a fria execução de dezenas de policiais; em contrapartida, centenas de suspeitos também foram mortos, numa iniciativa criminosa jamais vista (ADORNO; SALLA, 2007, p. 1).

O divisor de águas que contribuiu para a solidificação destas Orcrim foi, sem dúvida, o desenvolvimento da microeletrônica, consolidada em celulares e outros equipamentos, associado à crescente ocupação das vizinhanças prisionais, o que permitiu o estreitamento da relação entre os presos e mundo externo, com a ampliação exponencial dos contatos e manutenção do domínio extracárcere (ADORNO; DIAS, 2013, p. 16-17).

³ Reeducandos que são coagidos a assumir crimes cometidos nas unidades prisionais por ordem de líderes de facções criminosas

Figura 1 – Evolução da consolidação criminal nas prisões



Fonte: Elaborado pelo autor, 2020.

O primeiro intervalo que abrangeu uma década foi marcado pela política prisional única conforme já afirmado, talvez, com intuito de levar a eliminação dos presos políticos pelos comuns, mas, diversamente, ambos os grupos se fortaleceram e, de certa forma, criaram alianças que elevaram o patamar de atuação de pequenas gangs para a formação de empresas criminosas.

No segundo arco temporal, que durou cerca de duas décadas e meia (25 anos), ficou bem marcado que as ideias da década anterior se capilarizaram, passando a ter seus pontos focais nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, com perfis “empresariais” e rígida disciplina interna, o que resultou em dois mega-ataques contra a população de São Paulo nos anos de 2001 e 2006. Logo após o primeiro ataque, em 2001, São Paulo criou um protótipo de RDD que se tornaria lei em 2003.

A partir de 2007, inicia-se o terceiro intervalo de 13 anos, quando a União e os Estados adotaram medidas organizativas visando à prevenção de novos atos de guerrilha urbana, aumentando e melhor distribuindo vagas prisionais em todo o país. A Criação do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOc) pelos Ministérios Públicos também contribuiu para a integração do combate a essas organizações, em que pese o contínuo crescimento de atos e integrantes.

Inicialmente criado como ente eminentemente de atuação carcerária, com viés interno, e posteriormente atuando de forma binária (interno-externo), o combate às neo-Orcrims exigiu mudanças no conceito prisional e nas formas de atuação disciplinar para enfrentar este novo modelo criminoso que se tornara realidade.

O conceito de prisão, modernamente aceito, aponta-a como um mal necessário à vida em sociedade. Nela, alguns, por não se ajustarem aos padrões ético-morais, são isolados dos demais, numa tentativa infrutífera de, num primeiro momento, retribuir-lhes os males cometidos e, num segundo passo, promover sua ressocialização ao tecido social. Necessário se faz uma densa separação entre os criminosos comuns e os considerados líderes (incluindo também os chefes de facções), devido a uma periculosidade exacerbada destes em relação àqueles.

Num país em que existem cerca de 52,5 milhões de brasileiros vivendo na pobreza, ou seja, 25,3% da população, que se somam aos 13,5 milhões que se situam na linha da miséria num contingente de 6,5%, observa-se que 66 milhões de brasileiros sobrevivem em condições de intensa vulnerabilidade social (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE], 2019).

Nesse contexto caótico, com 31,8% dos cidadãos lutando pela sobrevivência diária, não se torna difícil classificar-se este grupo como altamente vulnerável, uma vez que seu acesso às políticas públicas aproxima-se de zero. Pelo perfil social, tal grupo possui intenso contato, ainda que forçado ou não desejado, com o crime organizado, particularmente nas comunidades, ora a ele se associando voluntariamente, ora sendo coagido pela *lei do silêncio*⁴ a conviver com a prática de ilícitos penais, e até mesmo os cometer.

Sem a garantia mínima dos seus Direitos Fundamentais, tais atores se veem, muitas vezes, sem alternativas a não ser o cometimento de crimes sob coação, e, via de regra, terminam por promover uma superlotação das prisões brasileiras.

⁴ Regra estabelecida por Orcrims que constroem cidadãos a não colaborarem com as autoridades ou até mesmo a praticarem ilícitos penais, tudo sob coação e ante a inércia estatal.

Com um modelo de execução penal calcado no sistema progressivo irlandês, o Brasil busca enfrentar a explosiva associação de criminalidade e violência urbana que promove a execução de dezenas de milhares de mortes anualmente. Com 755.274 presos e um déficit de 312.925 vagas, chega-se a uma superlotação média de 41,43%, com picos de até 100% em algumas regiões do país (ISTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE], 2019, *online*).

Na política prisional brasileira prevista na Lei nº 7.210/89 consta que o Estado possui papel de combate à criminalidade, isolamento do criminoso pela prisão e posterior reintegração à sociedade, deixando de ser um risco para ela, o que, na verdade, se mostra uma verdadeira utopia. Eis o seu art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, *online*).

O estado de coisas inconstitucionais é reconhecido quando, cumulativamente, se verifica um litígio estrutural, uma violação constante dos Direitos Fundamentais e a omissão deliberada dos poderes públicos, em especial do Poder Executivo. O reconhecimento de tal instituto ocorreu, inicialmente, na Corte Constitucional da Colômbia em 1997, e em nosso ordenamento, tal instituto foi alvo de discussão em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF (LAZARI, 2018, *online*).

A realidade carcerária aponta para o estado das prisões, facilitando a reincidência pelo não cumprimento das determinações previstas na LEP, não promovendo o conjunto de direitos constitucionais assegurados aos presos, nem conferindo a possibilidade de reinserção social.

Nesta linha, falar-se de reintegração e ressocialização social como resultado final de cumprimento de pena beira a falácia, quando se sabe que a reincidência nacional média gira em torno de 70%, ou seja, sete de cada dez condenados retornam ao cárcere pelo cometimento de novos crimes, apesar de não existirem estudos científicos que sustentem tais afirmações.

Este panorama, associado à ineficácia do Estado no respeito aos Direitos Fundamentais e à própria LEP, conduz à formação de elites carcerárias formadas, de um lado, por presos com elevada condição econômica (normalmente, crimes do colarinho branco) e que cumprem pena na denominada “cana mole”⁵, ou seja, sem superlotação, com alimentação externa, entre outras regalias compradas por meio da corrupção de agentes públicos.

Por outro lado, outra classe é formada pelos chefes de Orcrims, que vêm buscando a hegemonia prisional desde 1993. Este segundo grupo, diferentemente do primeiro, atua de forma violenta nas unidades prisionais, com organização formal, captando novos integrantes e retaliando aqueles pertencentes a facções rivais ou mesmo os que não desejam a eles se associar. Buscam, além do controle das cadeias, particularmente no tráfico de drogas, o monopólio das regalias internas e a venda de proteção àqueles que preferem manter-se neutros, ou seja, sem ligações com as Orcrims.

Neste complexo contexto de forças internas, tais presos se tornam perigosas lideranças intramuros, com poder de vida e morte no interior das prisões, desafiando e criando resistências às ordens emanadas dos agentes públicos, bem como promovendo, a partir de suas celas, a continuidade dos crimes praticados extramuros. O uso de celulares em larga escala facilitou este descontrole estatal, permitindo que as ordens criminosas sejam dadas em tempo real, e também a recepção de resultados das ações.

Além do uso de celulares e computadores nas cadeias, a corrupção endêmica de boa parte dos agentes penitenciários facilita o planejamento e a consolidação das Orcrims, que conseguem formar um verdadeiro *internal empowerment*, dominando detentos (pela violência) e agentes (pela corrupção e pela violência), numa linha exponencial de força.

Não bastasse isso, mesmo no modelo do RDD, que será visitado no capítulo 3 deste trabalho, por não existir um isolamento absoluto, ou seja, o efetivo rompimento do

⁵ Denominação dada aos presos que possuem boa condição financeira e que por meio de prática de corrupção de agentes públicos obtêm amplas facilidades no interior das cadeias.

ciclo de ordens interno-externo, mesmo com o uso bloqueadores de equipamentos eletrônicos, as visitas de parentes e amigos fazem as vezes de elo de comunicação, levando e trazendo mensagens, ordens e planos de cometimentos de roubos, assaltos e sequestros, e, sem dúvida, o controle do tráfico de drogas.

Ademais, verifica-se a ausência, quase que absoluta, das Comissões Técnicas de Classificação, que teriam a função de avaliar e traçar um plano individual de cumprimento de pena, observando por meio de baterias de testes os traços marcantes e a violência presumida de cada detento. Sem tal classificação o agrupamento social dos internos, que deveria ter um perfil eminentemente técnico, se perde, possibilitando escolhas equivocadas, tais como agrupamento por facção, por condição econômica e até mesmo por simpatia pessoal.

As penitenciárias, nas suas divisões legais em relação aos regimes de cumprimento de pena, praticamente inexistem, não havendo nelas separação de reeducandos por crimes violentos ou não, idade, necessidades especiais, condenados ou provisórios; menos ainda, a separação dos que trabalham e estudam daqueles voltados às ações tipicamente ilícitas, perpetradas nas cadeias.

Há uma necessidade premente, porém sem possibilidade imediata de implantação, que é a rigorosa separação dos presos com liderança negativa sobre a massa carcerária, bem como a separação dos considerados violentos daqueles reconhecidos internamente como pacíficos.

Em relação aos grupos violentos, a eles se somam os chefes de facções, que, na maioria das vezes, determinam o cometimento de atrocidades contra outros presos ou mesmo contra pessoas que estão extramuros, o que na linguagem da cadeia se denomina de “manter as mãos limpas”⁶. A agressividade de suas condutas promove um desequilíbrio marcante, gerando pânico entre aqueles que não têm a quem recorrer para manter sua integridade física, e que, via de regra, são suas vítimas preferenciais.

⁶ Denominação conferida a chefes de facções que ordenam o cometimento de crimes, porém em hipótese alguma se envolvem pessoalmente, mantendo um histórico disciplinar imaculado.

Se o Estado demonstra incompetência ou falta de vontade política de implantação de medidas saneadoras das atividades prisionais, ou nem mesmo zela pelo cumprimento da lei, é de rigor reconhecer-se que o modelo vigente difere do texto legal, conduzindo à violação de Direitos Fundamentais tanto dos presos como da sociedade enquanto destinatária de direitos, o que se busca discutir neste trabalho.

Mesmo que a LEP fosse considerada uma lei utópica, fora da realidade brasileira, os preceitos constitucionais precisariam ser cumpridos na mais ampla forma possível, não podendo o Estado-gestor apenas se manter numa atitude contemplativa, logo omissa, em detrimento de seus deveres de efetivação mandatória dos Direitos Fundamentais.

A partir da segunda metade do século XIX, a segregação corporal ou prisão se apresenta como a mais utilizada resposta penal, levando a um entendimento de que seria a forma mais adequada de ressocializar e reintegrar criminosos, em substituição aos martírios físicos anteriores à sua adoção. Esta visão que perdurou por décadas, entendia que a simples segregação poderia reabilitar os delinquentes, o que em momento algum se verificou, já que as prisões se transformaram em “depósitos de pessoas”, antros de continuidade criminal e relações promíscuas entre agentes públicos e presos.

Atualmente, a finalidade da prisão é unicamente de segregação com fins punitivos, o que se observa pelos resultados inaceitáveis da reincidência criminal. De fato, as prisões não apenas se tornaram escolas do crime, mas também promovem a *network* dos criminosos, facilitando a formação de quadrilhas e o planejamento de ações ilícitas.

Inicialmente concebidas para o abrigamento de grande volume de pessoas, a exemplo do panóptico de Bentham, este modelo de concentração, ao longo do tempo, mostrou-se absolutamente ineficaz, seja pela dificuldade de administração e controle, seja pela não individualização das penas constitucionalmente previstas.

Como, então, num cenário altamente desfavorável, seja em relação a instalações, infraestrutura educacional e física, seja em relação à oferta de perspectivas sociais,

pode-se exigir do Estado a missão de buscar redirecionamento pessoal para algo em torno de 0,5% de sua população? Como manter disciplina interna, impedir o cometimento de crimes no interior das unidades e garantir os Direitos Fundamentais dos presos? Como desvencilhar-se das utopias e retóricas que apontam diagnósticos e não soluções para a causa prisional?

Como se obter soluções racionais para presídios com até 7 mil presos, a exemplo da extinta casa de detenção de São Paulo, com verdadeiras “cidades” que terminam por adotar modelos próprios de autogestão por parte dos presos, relegando ao Estado um papel secundário na consolidação de uma filosofia prisional voltada à recuperação do delinquente? O Estado, supostamente, mantém a disciplina e promove a ressocialização, e a massa carcerária resiste em obedecer às ordens recebidas, num processo constante de microrresistência, na linha de pensamento de Michel de Certeau.

Na criação do modelo federal de presídios, foram adotados limites máximos de capacidade, fixados em 208 presos por unidade, o que nos parece bastante alinhado à política de criação de pequenas unidades prisionais, mais seguras e de fácil controle, nos quais existe a real possibilidade de implementação tanto da LEP quanto das garantias constitucionais aos ali recolhidos.

O controle disciplinar carcerário se torna factível quando aplicado a número restrito de pessoas, em escalas reduzidas e permitindo um conhecimento pessoal dos presos. Basta lembrar que nos presídios atuais um só módulo abriga entre 200 e 300 pessoas, e a unidade, cerca de mil internos. Essa pulverização da massa carcerária, ao invés de sua superconcentração, permite uma rigorosa classificação e individualização da pena, separando faccionados e comuns, com pouca concentração de lideranças negativas.

De se ressaltar que o modelo prisional brasileiro, diversamente do modelo americano, é obrigado a realizar a gestão de gangues e facções criminosas em âmbito nacional, pois estas operam em vários estados brasileiros e se articulam nacionalmente. Nos Estados Unidos prevalece o perfil de gangues estaduais com poucas interações nacionais, o que facilita sobremaneira o manejo populacional prisional, bastando, por

exemplo, transferir líderes de um Estado para outro e, por conseguinte, isolar o resto da gangue.

Por outro lado, no modelo americano existe a figura do *oficial de liberdade condicional*, que tem a função de acompanhar delinquentes que se encontram em liberdade provisória ou que progrediram de regime. Organizados por zonas de atuação ou por bairros, possuem controle de cerca de 4,5 milhões de criminosos, conforme Kaeble (2018, p. 1). Estes residentes, nas áreas definidas, possuem seus empregos e horários de lazer, bem como realizam visitas regulares e até mesmo de surpresa aos reeducandos, criando uma sensação de vigilância regular e eficaz. No Brasil ainda não existe esta figura, mas se encontra na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 1.596/2019, que cria o cargo de *oficial de liberdade* com contornos assemelhados ao americano.

Para uma eficácia no controle do sistema prisional intra e extramuros, este cargo deveria abranger a fiscalização dos regimes semiaberto e aberto, suas condições de cumprimento acompanhadas de visitas surpresa para a sua aferição, bem como ter a possibilidade legal de propugnar pela regressão de regime no caso de infração das condições judiciais. Este modelo, a médio prazo, obteria significativo impacto na reincidência penal, pois controlaria eventuais desvios antes do cometimento de crimes mais graves. Também, poderia servir de endereçamento dos líderes para unidades menores, porém com disciplina rigorosa, a exemplo do RDD.

No cenário brasileiro, as cadeias estão superlotadas de pessoas com baixa periculosidade, sendo possível afirmar, por experiência própria no Ministério Público, que apenas 10% da massa carcerária total (presos e foragidos), ou seja, cerca de 100 mil presos, revela necessidade de segregação do meio social, por seus perfis, violência ou lideranças absolutamente negativas. Assim, controles eletrônicos, oficiais de liberdade e outros mecanismos bastariam para o controle dos outros 900 mil cidadãos.

Qualquer proposta de rearranjo do sistema penitenciário brasileiro perpassa pelos cenários regionais existentes no Brasil e suas características individualizadas. Os eixos centrais se localizam em São Paulo e Rio de Janeiro, com ramificações para as

principais capitais, e em pouca ou ínfima escala nas cidades de menor porte. Tal fato ocorre por força da concentração de renda (São Paulo responde por 32% do Produto Interno Bruto [PIB] nacional; o Rio de Janeiro por 11%). Nesses dois estados estão concentradas as maiores facções criminais do país, além da maior parte de seus integrantes.

Neste quadro criminal, concentram-se as lideranças criminosas que comandam suas operações descentralizadas nos demais Estados. A pulverização delas bem como um rigoroso isolamento tanto pessoal como informático se fazem absolutamente necessários.

Caso não sejam efetivadas tais medidas, a perspectiva de aplicação integral da LEP se desfaz, pois a criminalidade opera de maneira eficaz no caos e na indisciplina. A adoção dos oficiais de liberdade certamente contribuirá para uma redução de reincidência e para o enfraquecimento das Orcrims, permitindo que o Estado se ocupe, com maior rigor, das facções e seus líderes, repassando à comunidade a fiscalização das medidas externas.

Em tese, a função principal da segregação ou pena privativa de liberdade é a ressocialização da pessoa presa e o acautelamento do tecido social em termos de prevenção para o não cometimento de novos delitos. Na realidade, esses objetivos se veem frustrados pelo não cumprimento das regras constitucionais e ordinárias que definem as formas de atenção e o trato com os reeducandos.

Como já referido, o endurecimento das leis penais gerou um encarceramento em massa no período pós-1990, impondo aos órgãos de administração prisional uma adaptação forçada ao novo modelo, já que não foram criadas condições físicas e de recursos humanos para a recepção desse volume de novos reeducandos.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020), a população carcerária nas duas últimas décadas passou de 232.755 presos no ano de 2000 para 678.506 presos no ano de 2020, num acréscimo de quase 200%. Some-se a isso um déficit estrutural de 231.768 vagas, o que explica a superlotação hoje existente.

Com esse crescimento desordenado da população carcerária, a precariedade chega ao extremo, tendo o Estado do Espírito Santo se utilizado à época de contêineres como celas (fato público e notório), numa evidente prova da falência do atual modelo. Nesta linha lógica, fica evidenciada a ineficácia do sistema, o que reflete diretamente na violação dos Direitos Fundamentais dos presos.

A superlotação com celas em torno de 6m² ocupadas por diversos detentos apresenta-se como sinal da ineficácia do Estado em não garantir os dispositivos da própria LEP, criando uma forma de cumprimento de pena aviltante dentro do próprio cárcere, o que conduz a agressões físicas, promiscuidade sexual, tráfico de drogas, além de intensificação de lutas internas por poder. Além disso, inviabiliza o trabalho e o estudo, bem como dificulta o controle dos presos pelos policiais penitenciários.

Esta precarização do sistema faz com que pessoas presas convivam sem condições humanitárias e dignas, tendo como exemplo público e notório as rebeliões ocorridas no Presídio de Pedrinhas, no Maranhão, nas quais a selvageria dos amotinados ocasionou decapitações, torturas e outras formas de violência ante a inoperância do poder público.

Associe-se a esses fatores a falta de higiene, a precariedade de assistência médica e odontológica e a falta de assistência jurídica para os mais vulneráveis, tudo violando os Direitos Fundamentais da pessoa presa, mesmo existindo previsão legal para se evitar isso.

Tal situação não passou despercebida por Zaffaroni (2001, p. 135-136), quando sustenta que a prisão é uma máquina que promove a deterioração do ser humano, com ferimentos profundos na sua autoestima, com perda de privacidade, de seu próprio espaço, revistas degradantes, péssima alimentação, pouca higiene e tratamento pessoal humilhante.

Foucault aduz que a concepção prisional favorece sobremaneira a criação de organizações compostas de delinquentes, que buscam na união, solidária e hierárquica, suas ações futuras, o que termina por cooptar criminosos eventuais que passam a se educar para o crime (FOUCAULT, 2009, p. 222).

Há, ademais, o tratamento rude, e em alguns casos violento, praticado por agentes públicos contra pessoas presas, tendo Bitencourt (2016, p. 172-174) percebido que tal fato se apresenta como um componente para a ineficácia do modelo atual. Os tratamentos repressivos e impessoais produzem no sistema uma reação a quaisquer possibilidades de melhora e o desenvolvimento de uma agressividade em sentido contrário.

Este sistema de reações da massa carcerária em relação aos agentes públicos foi alvo de estudos de Certeau (1994, p. 39-40) sobre o cotidiano destas relações e a importância que o referido autor confere à inteligência e à inventividade do mais fraco, do preso *comum, anônimo*, que é o *murmúrio das sociedades cativas*, percebendo as *microrresistências* que se fulcram em *microliberdades* e buscam repelir as forças dominantes, o que influencia na não aceitação dos modelos impostos e, conseqüentemente, na frustração do objetivo de ressocialização.

Por outra vertente, se a postura dos agentes públicos fosse respeitosa e profissional, com vistas à dignidade do recluso, é bem possível que o sistema social deste perdesse coesão, afrouxando os liames internos da cadeia e diminuindo a reação. Então, do ponto de vista ressocializador, o Estado obteria sucesso.

A individualização da pena, de índole constitucional, bem como o conjunto dos direitos previstos na LEP, tem o condão de criar condições mínimas de dignidade para o cumprimento da pena determinada pelo Estado-Juiz. Infelizmente, poucas são as unidades prisionais que balizam suas ações no estrito caminho legal.

Já no tocante à educação intramuros, esta possui o potencial de estimulação pessoal no sentido de ofertar ao preso a possibilidade de que novas perspectivas, sejam imediatas na ocupação do tempo ocioso ou mediatas na possibilidade de aprendizado de ferramentas, lhe propiciem um melhor *status* social e financeiro.

Baratta (2014, p. 3) afirma que o sistema prisional deve fornecer aos reeducandos uma plêiade de benefícios, entre os quais a instrução formal e profissional, assistência médica e jurídica, para a criação de uma oportunidade efetiva de reintegração, compensando situações de carência frequentes nos meios de origem deles.

Por último, há a reintegração do preso no tecido social no pós-cumprimento de pena, quando o estigma da prisão se liga, indelevelmente, à pessoa do condenado. Metaforicamente, tais pessoas são “carimbadas” como inservíveis e perigosas, o que restringe demais as suas possibilidades sociais.

Raras são as perspectivas de emprego, em particular no mercado competitivo atual, quadro que se agrava proporcionalmente à quantidade de anos de encarceramento e o conseqüente distanciamento das tecnologias e métodos mais recentes, o que gera uma profunda desadaptação e, seguramente, um provável reingresso na criminalidade (CARVALHO FILHO, 2002, p. 71).

Essa desadaptação forçada deixa, na prática, poucas oportunidades de disputa no mercado formal de empregos, obrigando os egressos a disputarem o mercado informal ou a reincidirem no crime. A própria LEP prevê a assistência aos egressos por intermédio de casas de apoio ou patronatos, mas estas são numericamente insuficientes ou inexitem. Assim, o Estado age, ainda que de forma indireta, como fomentador deste ciclo perene de reincidência criminal.

Percebe-se, sem maior esforço, que os cinco eixos que dão sustentação para a eficácia do modelo prisional, na prática, possuem debilidades estruturais. No primeiro, a superlotação carcerária avilta a dignidade pessoal; no segundo, evidencia-se uma incompatibilidade entre o tratamento dispensado aos presos e a proposta de ressocialização contida na LEP; no terceiro, existe uma flagrante violação à individualização da pena; no quarto, apresenta-se a falta de educação formal e profissional, que é a força que habilita o indivíduo a escolher as armas com que quer lutar em busca de seus objetivos; e o quinto e último eixo expõe a falta de apoio social e o não cumprimento das leis de regência no tocante ao egresso, contribuindo, eventualmente, para a sua reentrada no crime.

Nesta linha, Sarlet (2015b, p. 40) aduz que a dignidade da pessoa humana é absolutamente irrenunciável, e sua existência independe até mesmo de que o direito formal a reconheça.

Pelo exposto, é possível extrair-se uma conclusão: que o sistema carcerário brasileiro é absolutamente ineficaz, não projetando em suas dimensões os comandos constitucionais e os previstos na LEP, frustrando, então, o modelo ressocializador previsto pelo legislador. Busca, por meio de medidas carcerárias mais rígidas, a correção dessas ineficácias.

5 DO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE À SEGURANÇA PÚBLICA X O DIREITO FUNDAMENTAL À INTEGRAÇÃO SOCIAL DO PRESO COMPONENTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Não se poderia iniciar o capítulo que tem por objetivo discutir Direitos Fundamentais sem se explicitar as diferenças teóricas entre Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, a fim de se estabelecer seus pontos de convergência.

Sarlet (2015a, p. 30) sustenta que Direitos do Homem são aqueles direitos naturais não positivados; que Direitos Humanos se situam no plano internacional; e que Direitos Fundamentais são os incluídos e reconhecidos na Constituição, logo incorporados à Carta Magna. As distinções apontadas, na prática, apenas os situam em relação a seu conteúdo, eficácia e fundamentalidade, seja formal, seja material.

Em se tratando de Direitos Fundamentais, Sarlet (2015a, p. 79-80) ressalta que a materialidade de tais direitos é uma longa e permanente construção que não depende do legislador originário ou derivado, pois na ordem universal e local são a base constitutiva dos Estados sociais.

Já Piovesan (2013, p. 188-189) visualiza a formação dos Direitos Fundamentais em nível universal e sustenta que tais direitos são derivados de árdua construção social, resultado de lutas encetadas pelo ser humano na conquista do seu espaço. Portanto, não percebe tal modelo de construção apenas em bases históricas, pois aponta para a moral, direitos inatos, históricos ou positivados. Entende a autora que não se trata de direitos estáticos, nem fixados no tempo, e sim construídos em consonância com a dignidade humana.

Nesta linha lógica, não é possível considerar os Direitos Fundamentais apenas como aqueles inseridos na Constituição, uma vez que possuem espectro de valoração ligado à natureza existencial do homem enquanto ser social, o que, por si só, indica a necessidade de um amplo sistema de proteção, perene e integral.

Como bem percebido por Sarlet (2015a, p. 83), o art. 5º, § 2º, que trata da amplitude material dos Direitos Fundamentais na Constituição, aponta que não apenas os direitos positivados são Direitos Fundamentais, mas aqueles que são atrelados à dignidade da pessoa humana, em toda a sua extensão, têm carga valorativa idêntica a tais direitos.

A pessoa presa, ou seja, privada de seu Direito Fundamental de ir e vir, já possui grave restrição em referência a tal direito, derivada de sentença ou decisão judicial. Em que pese o fato de que os demais direitos não atingidos pela decisão se mantêm incólumes, a privação da liberdade se projeta restringindo outros direitos, tais como integração social e familiar, bem como trabalho e lazer.

Mesmo preso, o reeducando possui o Direito Fundamental de integração interna, explicitado mediante a possibilidade de fazer amizades, de frequentar cursos regulares e profissionalizantes, de praticar atividade esportiva e de trabalhar, o que, de certa forma, ajuda na sua reinserção social.

O RDD, por sua vez, enquanto instrumento de gerenciamento da disciplina carcerária, quando aplicado, restringe, em parte, o Direito Fundamental de integração, na medida em que promove o isolamento por até 22 horas diárias em cela unipessoal, concedendo outras duas horas para banho de sol. Atualmente, este banho de sol passou a ter a possibilidade de ser coletivo, restrito a quatro presos não integrantes de mesma facção.

Na prática, a restrição imposta pelo RDD, com amparo de medida judicial, promove uma quebra de interações sociais internas e, de certa forma, também externas, visando evitar a continuidade delitiva no interior das unidades prisionais e promover a quebra no comando externo de Orcrim.

O Direito Fundamental coletivo à segurança pública, antes do RDD, vinha sendo aviltado, uma vez que a população possuía um sentimento horizontal de insegurança gerado pelas Orcrim. Estas promoviam atentados, assaltos à luz do dia, sequestros e todo tipo de ilícitos penais, sem que o Estado tivesse os meios adequados de reprimi-los.

Apesar da implementação do RDD, o cidadão, na prática, continua preso em sua residência com graves restrições a seus Direitos Fundamentais, tais como: vida, integridade física, ir e vir, estes conformados no direito coletivo à segurança pública.

5.1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: PILARES PARA A POSSIBILIDADE DE VIDA DIGNA EM SOCIEDADE

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, contornos obrigatórios dos Direitos Humanos, tiveram seus fundamentos na Revolução Francesa de 1789, quando o povo, guiado pela burguesia, não mais aceitou a forma absolutista de exercício de poder. Surgiram numa luta contra a opressão e, posteriormente, integraram Constituições, sejam republicanas ou monarquistas, incluindo liberdades públicas e direitos políticos em geral.

A evolução de tais direitos se alinhou, também, à independência americana, nas lutas pelo reconhecimento amplo da cidadania, com ênfase na construção de modelos vinculados ao contexto então vivido, dando-se, então, menor valor aos critérios eminentemente naturalistas para a configuração dos direitos humanos.

Os Direitos Humanos se enquadram como possibilidade de o cidadão exigir ações que lhe assegurem a dignidade humana nas dimensões da liberdade, igualdade e solidariedade. São supraestatais e podem ser incorporados às Constituições, a fim de respeitá-los e torná-los efetivos (SARMENTO, 2012, p. 1).

A expressão Direitos Humanos se refere a direitos universais conferidos por pactos e outros instrumentos supraestatais; quando inseridos em Constituições passam a denominar-se de Direitos Fundamentais.

Canotilho (2003a, p. 393) sustenta que os Direitos Fundamentais têm garantia jurídico-institucional e estão limitados num espaço-tempo, ou seja, dentro de um ciclo social determinado.

As aberrações perpetradas contra os seres humanos nas duas Guerras Mundiais foram acobertadas pelo manto teórico da soberania dos Estados, o que ocasionou um

clamor internacional pela criação de um órgão supranacional de defesa dos Direitos Humanos. Isso se realizou em 1919 com a instituição da denominada Sociedade das Nações, durante a assinatura do tratado de Versalhes⁸, que visava obter reparações de guerra e a divisão de seus espólios (COSTA, 2012, p. 40).

As desagregações populacionais geradas pelas guerras mundiais, resultado do absoluto desrespeito aos Direitos Humanos, foram bem marcadas por Hannah Arendt (1978, p. 349) quando aponta a formação de minorias na Europa e a movimentação de povos sem estado, fatos estes refletidos como uma desintegração estrutural, naquele continente, no pós-guerra.

A perda da nacionalidade transformou-se em política de viés totalitário, acrescida da incompetência das nações de protegerem os mais comezinhos Direitos Humanos daqueles que o haviam perdido, o que fortaleceu governos autoritários na imposição de seus valores em relação aos derrotados.

Em 1945, a Sociedade das Nações foi substituída pela Organização das Nações Unidas (ONU), dedicada à questão humanitária e com foco nos Direitos Humanos, o que ficou consagrado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ocorrida em 1948.

No contexto particular do *Welfare State* ou Estado do bem-estar social, criado no final do século XIX por Otto Von Bismarck como alternativa ao liberalismo econômico e ao socialismo, neste clima de pós-guerra, os direitos eminentemente sociais, econômicos e culturais passaram a ser incorporados aos textos constitucionais, como, por exemplo, na Constituição Mexicana de 1917, que já conformava a função social da propriedade.

Posteriormente, na década de 1960, houve intensa luta por reconhecimento e legitimação de minorias e o surgimento de movimentos sociais com viés coletivo, em particular, ambientalistas e consumidores. Fica, então, explícito que os Direitos

⁸ Foi um tratado de paz assinado em 1919 pelas potências europeias, que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial.

Fundamentais se amoldam ao perfil das carências sociais em cada época, podendo-se identificar claras dimensões de tais direitos em cada contexto social.

A doutrina denomina de dimensões, em lugar de gerações, a evolução dos Direitos Humanos no arco temporal. Entende que o conceito de gerações continha a ideia de rompimento ou descontinuidade, e dimensão aponta para um caminho complementar e expansionista, logo, sem processo de descontinuidade.

Sarlet (2015a, p. 53) aponta a impossibilidade de se negar o reconhecimento da progressividade e cumulatividade dos Direitos Fundamentais agregados a cada dimensão. Ressalta que o termo geração poderia ensejar uma visão substitutiva, pois não se trata de alternância ou substituição, e sim de ação complementar agregativa, o que poderia conduzir a uma errônea visão de gerações estanques. Definitivamente, não é o caso.

A teoria das dimensões se alinha à história do reconhecimento dos Direitos Humanos nas Constituições e nas normas supraestatais, sendo mandatória esta associação evolutivo-histórica. Surgem então os valores sociais em cada momento da humanidade, numa forma de vínculo, criando direitos alinhados a tais valores e aspirações.

Os Direitos Humanos, independentemente da dimensão em que estejam classificados, possuem características marcantes de complementaridade, visando ao aperfeiçoamento e à proteção da dignidade humana.

Dividem-se, atualmente, em: a) 1ª dimensão – liberdades públicas e direitos políticos, tais como direito à vida, à liberdade de religião e de expressão, entre outros; b) 2ª dimensão – direitos sociais, econômicos e culturais, conhecidos como “direitos positivos”, fundados em igualdade, tais como direito ao trabalho, à saúde e à moradia; c) 3ª dimensão – direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como por exemplo direito ao meio ambiente, patrimônio comum e desenvolvimento sustentável, entre outros; d) 4ª geração – direitos da bioética, clonagem e engenharia genética; e) 5ª dimensão: da informática e realidade virtual (PIACENTINI, 2007, p. 30-34).

A primeira dimensão dos Direitos Humanos possui o valor liberdade como base estrutural para os demais direitos (liberdades públicas ou políticas). Entre os séculos XVIII e XIX, tais liberdades afloram num contexto de jusnaturalismo secularizado, do racionalismo no viés iluminista, do contratualismo societário, do liberalismo de cunho individual e do capitalismo marcado pela concorrência (WOLKMER; LEITE, 2003, p. 7).

São os direitos civis também denominados de liberdades públicas ou direitos individuais e políticos, direcionados ao indivíduo, tais como direito à vida, à liberdade de religião, desfrutar de eleições etc., protegendo a integridade física, moral e psicológica das violações do poder ou de qualquer ilicitude estatal.

Demandam um dever de abstenção do Estado, oponíveis a este, criando uma limitação ao próprio poder estatal, delimitando espaços de liberdade sem participação do Estado a qualquer título. É o que Bobbio (1992, p. 32-33) denominou de “liberdade no Estado”. Neste entendimento, incluem-se também a liberdade de expressão, a inviolabilidade de domicílio, a liberdade de locomoção, os direitos da pessoa privada de liberdade, o devido processo legal, tudo numa concepção dirigida à pessoa humana e em seus termos individuais.

Estes direitos civis protegem o indivíduo do arbítrio estatal, numa lógica de abstenção deste em relação àquele, dando ênfase ao valor da pessoa humana.

Expressar-se sem proibições é direito inalienável do ser humano, da mesma forma que o pensamento livre também o é, já que todos têm direito de manifestar suas ideias políticas, filosóficas, artísticas etc., sem submeter-se a qualquer medida de interferência estatal externa.

As liberdades públicas trazem em seu núcleo determinações à classe política no sentido de prover e/ou viabilizar proteção ao cidadão em relação ao Estado e a terceiros em geral. A materialização dessas proteções se apresenta nas proibições de tortura e tratamentos irascíveis, muitas vezes infligidos às pessoas presas. Atinge, ainda, proibições de pena de morte, prisões perpétuas, trabalhos forçados, banimento etc.

O reconhecimento do direito à liberdade enquanto autonomia (liberdades públicas) permitiu a ampla participação dos membros da sociedade no poder político, propiciando o surgimento dos direitos políticos num momento histórico posterior (PALOP, 2002, p. 73-76).

Nesta esteira da primeira dimensão se apresentam os direitos políticos, assegurando a eficácia aos direitos do cidadão como ferramenta participativa no exercício do poder político, na formação da vontade popular, na escolha de representantes e demais questionamentos. Tal núcleo promove o direito de votar e ser votado, ocupar cargos e neles permanecer, participar de partidos políticos, demandar o Estado, controlando e questionando seus atos, por meio de ação popular, com participação, direta ou indireta, na administração pública.

Importante se estabelecer diferença entre Direitos Humanos e direitos políticos, pois, enquanto os primeiros visam à tutela de quaisquer pessoas físicas independentemente de qualquer atributo formal, assegurando a dignidade humana, o segundo é específico para o exercício da cidadania, restringindo-se aos eleitores e eleitos (SARMENTO, 2012, p. 3).

O referido autor aponta, ainda, que o processo eleitoral, a filiação partidária, o exercício do voto, o alistamento eleitoral, os casos de inelegibilidade e a alternância de poder os direitos políticos conformam esta liberdade pública.

Os titulares de tais direitos devem, obrigatoriamente, possuir capacidade eleitoral. Assim, jovens de até 15 anos de idade são titulares de Direitos Humanos, mas não de direitos políticos. Enquanto não preencherem as exigências legais, possuem cidadania incompleta, sem, contudo, deixar de possuir outros direitos.

A segunda dimensão dos Direitos Humanos abrange os direitos sociais, econômicos e culturais cujo fato remoto se localiza no acentuado processo de industrialização e nos graves impasses socioeconômicos, envolvendo patrões e empregados, que impactaram a sociedade ocidental no final do século XIX e início do século XX (WOLKMER; LEITE, 2003, p. 8).

Tal dimensão se fundou na base teórica do Estado do Bem-Estar Social, esta exigência social do término da primeira Guerra Mundial, e se caracterizou pela exigência de igualdade de condições para todos, por intermédio de prestações de cunho estatal, tendo em vista serem demandas fundadas nos poderes atribuídos aos cidadãos. Atualmente, tais direitos se classificam em: direitos sociais, direitos econômicos e direitos culturais.

Conhecidos como direitos positivos, pois exigem atuação estatal, fundam-se no princípio pleno da igualdade, porém, não são autoaplicáveis, diferentemente dos da primeira dimensão. Como exemplo tem-se: direito ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia e ao lazer (ARÉCHAGA, 1988, p. 5).

Tal dimensão, por seus efeitos, produz uma obrigação de fazer do poder estatal no sentido de viabilizar as condições mínimas de saúde, educação, habitação, transporte etc., mediante políticas públicas inclusivas.

Os direitos sociais, econômicos e culturais são programáticos, pois para a sua realização não possuem garantias legais, baseadas em instrumentos processuais, de proteção aos direitos de liberdade. Em outras palavras, são programas que dependem da proatividade do ente estatal (BONAVIDES, 2004, p. 569-570).

Fica a cargo do Estado estabelecer as condições mínimas necessárias para que eles sejam atendidos. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) tem formulado o preceito da aplicabilidade imediata de todos os Direitos Fundamentais. Assim, até mesmo os direitos da segunda dimensão tendem a tornar-se tão aplicáveis quanto os da primeira dimensão (BONAVIDES, 2004, p. 70).

A Constituição Alemã de Weimar, de 1919, estreou na sistematização dos direitos sociais, econômicos e culturais, apesar de inúmeras outras, de forma direta ou indireta, fazerem constar, ainda que esparsamente, tais direitos, como a Francesa de 1848, a Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo de 1918 e o próprio Tratado de Versalhes, de 1919.

Nesta linha da possibilidade de exigir-se do Estado prestações positivas em relação aos Direitos Fundamentais, dirigidas ao cidadão e ao corpo social, criam-se para o Estado obrigações prestacionais, tais como: a criação de vagas em hospitais, creches e escolas, o que se configura como direito a ações positivas, impondo à máquina estatal adotar medidas que atendam àquelas necessidades.

Direitos de segunda dimensão são verdadeiros créditos do particular em face do Estado, daí a essencialidade deste na concretização material de tais direitos. Lafer (1991, p. 127) reflete sobre a primeira e a segunda dimensão, visualizando uma complementaridade entre elas, na medida em que os direitos desta visam promover as condições de exercício eficaz e eficiente dos direitos da primeira, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

Esses direitos só alcançam eficácia mediante a interferência do Estado. Nas palavras de Sarmiento (2012, p. 5-6), são Direitos Fundamentais prestacionais, pois se dirigem exclusivamente ao Estado, daí derivando inúmeras obrigações na forma de normas e políticas públicas, atuando, então, no acesso aos serviços públicos de qualidade e conformação da dignidade da pessoa humana, sendo exigíveis mediante ações judiciais individuais ou coletivas.

O referido autor relaciona os referidos direitos sociais, econômicos e culturais com a CF/88: a) no artigo 6º encontram-se os direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, proteção à maternidade e à infância; b) no art. 170, os direitos econômicos, na realização da valorização do trabalho, livre-iniciativa, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais; c) nos artigos 215 e 216, os direitos culturais: acesso às fontes da cultura nacional, valorização e difusão das manifestações culturais, proteção às culturas populares, indígenas e afro-brasileiras; proteção ao patrimônio cultural brasileiro, que são os bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Os direitos sociais são mandados de otimização, com eficácia lenta e temporária alongada, com implementação inicialmente alocada ao poder executivo e,

posteriormente, ao Poder Judiciário na apreciação de casos concretos. O balizamento imposto pelo mínimo existencial é definido como o básico para a sobrevivência do cidadão; seu não atendimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

No aspecto de efetivação dos direitos sociais de segunda dimensão, nem sempre ou quase nunca as prestações estatais se alinham às necessidades do arco social. Mesmo quando submetidas ao Poder Judiciário, nem sempre existe possibilidade de atendimento, pois a interferência direta de um poder em outro pode, potencialmente, promover um desarranjo financeiro, como, por exemplo, na judicialização da saúde. A pressão social pela efetivação de mais direitos aliada a aumentos populacionais e baixo crescimento econômico completam este quadro de tensão entre a sociedade e o governo.

Sarlet (2015a, p. 56) vê na expressão “social” uma exigência do princípio da justiça social, na medida da sua distribuição e evidente densificação. Aponta para o atendimento das necessidades de classes menos afortunadas, permitindo, ainda que timidamente, um alento à desigualdade social, buscando harmonizar relações entre patrões e empregados, particularmente na base da pirâmide social.

Enfim, os direitos sociais refletem o amadurecimento de novas exigências do tecido social. É a liberdade por meio do Estado, este atuando como mola propulsora do bem comum. Esta categoria de direitos provê a capilarização dos Direitos Humanos (BOBBIO, 1992, p. 33).

Os direitos de terceira dimensão se solidificaram na segunda metade do XX e se ocupam dos direitos difusos, muito além de uma visão individualista. Ajustam-se ao marco da Revolução Francesa que situa a fraternidade como uma evolução dos Direitos Fundamentais de primeira e segunda dimensões. Conhecidos como direitos de fraternidade ou solidariedade, conforme se vê em Sarmiento (2012, p. 8-9), somente foram incorporados às Constituições na primeira década do século XX.

O direito de fraternidade, também chamado de direito de solidariedade ou direito transindividual, tem como alvo prioritário o resguardo de camadas vulneráveis e a manutenção do meio ambiente equilibrado. O ser humano, no contexto social, é titular

inalienável dos direitos à solidariedade e à fraternidade, que ultrapassam os interesses individuais, pois agem em defesa e proteção do gênero humano.

Como exemplo de direitos desta dimensão, citam-se direitos: a) ao desenvolvimento; b) à paz; c) ao meio ambiente equilibrado; d) à comunicação; e) à proteção dos consumidores; e) à conservação do patrimônio artístico e cultural; f) a outros grupos socialmente minoritários.

A satisfação de seus preceitos beneficia indistintamente a todos, da mesma forma que uma eventual violação gera um prejuízo coletivo.

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos Direitos Fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2004, p. 569-570).

Atuam como absoluta manifestação do princípio da fraternidade/solidariedade, competindo ao Estado em primeiro plano, e à sociedade em segundo plano, a sua implementação. Logo, a defesa de tais direitos deixa de ser responsabilidade única do Estado e passa a ser compartilhada com a sociedade civil, por ONGs (organizações não governamentais) ou mesmo em instrumentos jurídicos, tais como as ações populares.

Pontos bem delineados são a transindividualidade e a indivisibilidade: a primeira por ter característica eminentemente coletiva, e a segunda por não haver possibilidade de fracionamento do objeto.

No plano internacional, Ferreira Filho (2016, p. 58-59) sustenta que a terceira geração, que preferimos tratar como terceira dimensão, contempla uma plêiade de direitos de largo espectro coletivo, tais como: o direito à paz, nos seus múltiplos aspectos; ao patrimônio comum da humanidade, incluídos o meio ambiente e a biodiversidade; a

comunicação; a autodeterminação dos povos; a defesa de ameaça de eugenia e genocídio, teorias estas que conduzem a violações de Direitos Fundamentais coletivos; a proteção contra a discriminação racial e a proteção pessoal em tempos de guerra.

As expectativas coletivas tuteladas por esta dimensão de Direito Fundamental apontam para o interesse público primário, este o verdadeiro interesse a que se destina a ação da Administração Pública, pois alcança os anseios da coletividade, possuindo supremacia sobre o particular.

Direitos coletivos têm um número determinável de titulares, como, por exemplo, usuários do SUS ou alunos da rede pública. Cada grupo específico se liga por relação jurídica similar, tanto nos direitos ao SUS como na matrícula da rede pública.

Por outro lado, a indeterminação é característica de base dos direitos difusos em relação a seus titulares, pois não se consegue fixar a quantidade de elementos do grupo, este unido por fato de mesma origem.

O direito de fraternidade possui expressiva dimensão tanto na cidadania como na democracia, com reflexos diretos na qualidade de vida, prestação de serviços públicos adequados e proteção às minorias.

Não existe consenso quanto à existência ou mesmo à formatação de Direitos Humanos de quarta dimensão. Aqueles que os sustentam informam que se tratam do futuro da humanidade, e, nesta ótica, mesmo sem uniformidade de entendimento, é correto afirmar que nesta dimensão pelo menos os direitos à bioética e à informática nele se incluem.

Temas como aborto, suicídio, manipulação genética, inseminação artificial e clonagem merecem atenção especial no aspecto dos direitos da bioética. Tais procedimentos trazem ao cenário jurídico a necessidade de definição de parâmetros, regras, vedações, limitações e direitos em si.

Impende trazer a lume o sentido do termo bioética:

A bioética é um estudo sistemático do comportamento humano na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, quando se examina esse comportamento à luz dos valores e os princípios morais. Seu objeto material é a vida em sentido amplo: vida humana pessoal e não pessoal, incluindo todos os organismos capazes de sentir prazer e/ou dor e também o ambiente em geral. (REICH, 1975, p. 22).

Na esteira dos defensores, Norberto Bobbio (1992, p. 6) afirma que a quarta dimensão se relaciona à biogenética e à engenharia genética, numa constatação da existência dos direitos em relação à manipulação de genes e experimentos em geral.

No aspecto de manipulação genética, a bioética é um divisor de águas, apontando caminhos para o uso do patrimônio genético humano e exigindo que a dignidade humana seja sempre preservada, visando a resguardar todos os envolvidos na manipulação genética.

Bonavides (2004, p. 570-572) defende esta dimensão de forma diversa, entendendo que tais direitos se direcionam para a democracia, ou seja, para o pluralismo político num Estado de Direito.

Democracia e pluralismo político apontam para uma expansão mundial dos Direitos Fundamentais, centrada numa visão de convergência para os interesses humanos na maioria dos países. Apresenta-se, então, um poder-dever estatal para a criação de mecanismos de proteção das minorais, abstendo-se de discriminações e violações arbitrárias.

Já Ética e Direito são elementos distintos, aquele apontando para valores consensuais aferidos e introjetados socialmente, bem como para a sua observância, e este dotando o outro de coercitividade, ou seja, o Direito dotando os valores éticos de força legal. Portanto, os Direitos Fundamentais protegem os princípios bioéticos, numa forma mandatária de imposição e regulação de limites a todos envolvidos neste ciclo, sejam cientistas, empresas e até mesmo o governo, tudo visando a resguardar à dignidade da pessoa humana.

A sobrevivência do ser humano, aliada a uma melhor qualidade de vida, seleciona os principais valores a serem protegidos pelos Direitos Fundamentais, logo positivados. Ainda nesta dimensão, o direito da informática se impõe como realidade fática que abrange a todos. As relações derivadas do seu uso, tais como a transmissão de dados e a robótica, bem como as interações *on-line*, alteraram significativamente a forma de se viver em sociedade.

Com isso, surgiram os conflitos e as sistemáticas violações de direitos pessoais, em particular a imagem e honra, bem como piratarias de *softwares*. Logo, é impositiva a inclusão deste direito à informática como Direito Humano de quarta dimensão, desde as comunicações via celular até a internet e seus produtos, devendo tal direito ser protegido e regulado.

Quanto a uma possível quinta dimensão dos Direitos Humanos, que não se inclui no escopo do presente trabalho, sustenta Bonavides (2008, p. 1) que seria o direito à paz, enquanto Ferreira Filho (2016, p. 58-59) a situa na terceira dimensão ou, eventualmente, numa releitura do conjunto de dimensões, que além de incluir a paz também deveria incluir a segurança pública, pois esta se apresenta como direito difuso e inalienável ao meio social, fundamento e sustentáculo dos demais direitos, inclusive a referida paz.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela ONU (1948, *online*) em 10 de dezembro de 1948 é uma completa síntese dos direitos inerentes aos seres humanos, estando a maioria de seus artigos positivados nas Constituições promulgadas no século XX.

Buscar a fundamentação dos Direitos Humanos aponta para caminhos racionais que validem a sua existência, atuando nos valores do direito e ofertando motivação para a proteção e sua sustentação no campo jurídico.

Naquele texto elencam-se as liberdades públicas ou os direitos civis e políticos, estes integrantes da primeira dimensão dos Direitos Humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais tidos como de segunda dimensão, a solidariedade ou fraternidade na terceira dimensão, e os de quarta dimensão, relacionados à

informática e à bioética, que foram construídos pelo desenvolvimento do ser humano, suas garantias e proteções.

Toda a humanidade que é intrínseca a cada ser humano deve ser perene e protegida, visando a que não nos tornemos objetos ao invés de sujeitos de direitos. A base fundamental dos Direitos Humanos repousa na ideia da dignidade humana, marco que é o cerne da pessoa humana.

A ideia de dignidade perpassa por valores e princípios que visam garantir que cada ser humano tenha seus direitos respeitados pelo Estado e por terceiros, assegurando-lhe a sua autonomia de vida.

Kant expõe em sua filosofia o conceito de dignidade:

Ora digo eu: – O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (KANT, 2007, p. 68).

Comparato (2013, p. 8) indica forte tendência, no moderno pensamento, de generalidade em relação a fundamentos de validade do direito em si mesmo e em relação aos Direitos Humanos em geral. Sustenta que ambos não podem mais ser buscados ou baseados no plano sobrenatural ou de cunho eminentemente religioso, e, menos ainda, num plano metafísico. Direito provém do ser humano, estando seu valor calcado naquele. Logo, sua fundamentação é o próprio homem, em particular a sua dignidade substancial enquanto pessoa; restam no plano secundário especificações de cunho individual e grupal.

Os defensores do jusnaturalismo entendem que Direitos Humanos são antecedentes à posituação jurídica e possuem maior amplitude em relação a estes, bem como seriam inerentes ao próprio ser. São contestados pelos utilitaristas e historicistas; os primeiros sustentam a harmonização social próxima à felicidade, e os segundos buscam situá-los num dado contexto histórico.

Percebe-se, em síntese, com Comparato (2013, p. 20) que o fato que fundamenta os Direitos Humanos em sua condição é a própria existência humana, que independe de outras condições diretas ou indiretas para a sua realização. Assim, os Direitos Humanos são inerentes a todos os homens e, diferentemente de outros direitos, têm existência e legitimação na medida das particularidades individuais ou sociais daqueles. São direitos universais abrangendo a todos e não somente localizados, ou diferenciais. Todos os seres humanos são seus titulares.

A simples existência do direito e sua incidência condicionam-se por normas jurídicas válidas e seu correto enquadramento nas molduras fáticas.

Segundo Reale (2001):

Não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja obrigatória. A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento). (REALE, 2001, p. 97).

Sustenta, ainda, que a eficácia desse direito se liga à conduta humana e necessita de regras que garantam o propósito fundamental da norma, pois, caso contrário, sua efetividade não ocorreria, sendo somente declaratória, não havendo, então, relação da norma com aquele que ultrapassa seus limites (REALE, 2001, p. 104-105).

Não é possível aferir a efetividade da norma, ou seja, sua eficácia social, quando não incidida ou caso não tenha possibilidade jurídica de incidir.

A incidência e o cumprimento das normas pelo tecido social demonstram simetria e ideal de justiça, tudo nos moldes dos Direitos Humanos, pertencendo a planos diversos do fenômeno jurídico. A primeira se liga a aspectos normativos do direito, e a segunda a fatores sociológicos referentes à repercussão e à percepção social da sociedade em relação à norma (SARMENTO, 2012, p. 15).

A inclusão dos Direitos Humanos nas Constituições que, agora positivados se transmitem em Direitos Fundamentais, não é suficiente para a sua observância pelo grupo social, o que apenas se dá mediante a garantia de sua aplicação pelos Estados,

nascendo, então, o conceito de efetividade, que permite a avaliação dos resultados no contexto social.

O sentido de mensuração da efetividade vincula-se, em termos objetivos, aos seguintes componentes: observância enquanto acatamento racional das normas, aplicação no viés de determinação coercitiva de autoridade competente e existência de garantias processuais que viabilizem o manejo dos instrumentos protetivos, tais como a Ação Civil Pública e o *Habeas Corpus*.

A Constituição Federal induz a efetividade dos Direitos Fundamentais por meio de: a) aplicabilidade imediata, pois passam a vigor desde a sua promulgação com a sua obrigatória observância; b) cerne irrestringível, pois são equivalentes a cláusulas pétreas, não podendo ser abolidas por emendas; c) força vinculante com efeito *erga omnes*, obrigando todos os poderes; d) cláusula da proibição do retrocesso, versando em relação à não revogação das normas de Direitos Fundamentais já constantes na esfera de patrimônio jurídico das pessoas.

A efetividade dos Direitos Humanos, no plano internacional e no plano interno dos Direitos Fundamentais, é uma luta diuturna da sociedade, a depender de efetiva mobilização social, da fiscalização eficaz e da organização sistemática. Tal efetividade não é um problema normativo, sendo sua principal meta a concretização, dentro do tecido social, principalmente das prestações coletivas.

5.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA COMO EXPRESSÃO DA NORMALIDADE DO TECIDO SOCIAL, SUSTENTADO POR LIBERDADES E DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Nos Estados democráticos, a segurança pública garante a cidadania por intermédio das liberdades (ou direitos) individuais e coletivos. Expressam um estado de normalidade no tecido social e criando condições para que deveres e direitos sejam exercitados, a atuarem em quaisquer violações de tais direitos.

O conceito de segurança pública deve expressar essa plêiade de expectativas, que em Portugal, nas palavras Alves (2011, p. 74), são as condições “que se estabelecem

num determinado ambiente, por meio da utilização de medidas adequadas, com vistas à sua preservação e à condução de atividades, no seu interior ou em seu proveito, sem rupturas”.

O referido autor sustenta que a segurança é uma necessidade e direito inerente a todos os seres humanos, gerando percepções de proteção dos mais caros bens da vida e das propriedades. As medidas adotadas pelo Estado reforçam a importância desta atuação para a vida em sociedade.

No Brasil, autores como Souza e Minayo (2005, p. 2-3) advogam que a segurança pública é um dever do Estado e responsabilidade de todos. Trata-se de conceito complexo, tendo como objetivo a manutenção da ordem e o controle da violência social. As sensações de insegurança e medo provocam distorções da realidade, levando a que percepções sobre o risco de serem vítimas se confundam com violência e crimes efetivamente reais.

O desenvolvimento social embute intrincadas relações interpessoais que lidam com direitos e possibilidades jurídicas, gerando múltiplos comportamentos, positivos ou negativos, que afetam a convivência harmônica em sociedade. O Estado, então percebido como agrupamento social heterogêneo, porém como reunião contratual entre os cidadãos, constrói modelos de resolução de instabilidades sociais, atuando, por seus órgãos, no estabelecimento ou restabelecimento da ordem pública mínima que permite uma vida em sociedade.

A insegurança pública, diversamente, é consequência do descumprimento, por determinados grupos sociais, de mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, o que favorece aspectos ligados à violência, à violação de leis e aos direitos individuais dos cidadãos, a exigir do Estado um conjunto de medidas preventivas e repressivas que promovam a restauração do *status quo ante*.

O sentimento de insegurança envolve todo o grupo social, já que as pessoas sentem medo ao perceberem que as demais também o sentem. Não necessariamente o medo existe numa relação direta com a criminalidade posta.

Nesta linha exemplificativa, é comum associar crimes que são cometidos em sua maioria no período noturno ou que ocorrem a partir de jovens das periferias. Os elementos do ambiente urbano ou sua ausência contribuem para acentuar essa sensação de temor: a falta de iluminação, de policiamento, os danos ao patrimônio público e privado, entre outros fatores, aumentam o sentimento de insegurança (FERNANDES; RÉGO, 2011, p. 172-174).

Tal sensação de insegurança não passou despercebida por Kuhn e Agra (2010, p. 131-140), que as classificaram em duas dimensões: a) a insegurança objetiva, concernente ao contexto do mundo exterior, tais como crime, vitimação e os comportamentos desviantes; b) a insegurança subjetiva, que aponta para o sentimento pessoal de cada indivíduo (a preocupação com o crime e o medo associado a ele).

A maioria dos seres humanos aspira a viver em comunidades ordeiras, com seus bens, sua saúde e vida resguardados dos ataques de seus pares e do próprio Estado, buscando equilibrar a sociedade e a ordem pública, evitando-se sistemas de autotutela e força bruta na resolução dos conflitos.

Há uma relação direta entre insegurança objetiva e impunidade. Esta, normalmente fruto de um Estado omissivo, permite, na correta visão de Freire Júnior (2018, p. 152), que um criminoso tenha a desfaçatez de zombar de suas vítimas e ao mesmo tempo do tecido social, ostentando sua liberdade, obtida a partir de pretensos direitos ou mesmo pela incapacidade de investigação estatal, tudo numa lógica parcialmente equivocada, a fim de impedir a condenação de um suposto inocente, o que, na prática, pode impedir a condenação de um culpado.

Aduz o autor que as regras processuais devem ser concebidas e interpretadas na visão de que o Estado não condena inocentes por questões ideológicas, por seletividade ou por qualquer outra ilegitimidade, mas que tampouco sejam violados os Direitos Fundamentais das vítimas e do corpo social (FREIRE JÚNIOR, 2018, p. 152).

A segurança pode ser subdividida em diversos ramos, a saber: pessoal (incolumidade pessoal), pública, alimentar e social. Não deve possuir foco estreito apenas em

sistemas repressivos, mas numa linha integrativa com os demais aspectos da segurança, como num círculo perfeito que se inicia na função prevenção e termina na punição estatal.

É um Direito Fundamental efetivado pelas políticas públicas a ele ligadas, gerando uma sensação de segurança e liberdade que cobre todo o tecido social, a fim de proporcionar a paz e o equilíbrio sociais, fins desejáveis não só pela segurança pública, mas, também, pelos princípios constitucionais da Dignidade Humana e os demais previstos nos artigos 5º e 6º da CF de 1988.

Nesta linha, há um direito fundamental à segurança inserto na Carta Magna, no capítulo III do título V, que estabelece contornos para fins de manutenção da ordem pública, vida e patrimônio. Numa análise lógica e textual da Constituição, verifica-se que o art. 5º estabelece a existência de um Direito Fundamental à segurança, num viés eminentemente individual, enquanto o art. 6º conforma tal direito numa perspectiva social, logo de índole coletiva (BERNARDO SEGUNDO; PEDRA, 2012, p. 55-56).

Na vertente desses espectros sociais, jurídicos e reais, o direito à segurança pública tem marcante característica de direito coletivo e difuso, com natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas não determinadas, porém com interesses homogêneos na fruição dos serviços de segurança pública ofertados pelo Estado que, sobretudo, visam à manutenção da ordem pública e da proteção de pessoas e bens (SANTIN, 2005, p. 212).

Sem as possibilidades de regulação da vida social, restam inviabilizadas as condições de governabilidade e até mesmo a tripartição de poderes, pois, sem a força coercitiva da norma, apoiada pela segurança pública e suas políticas, instaura-se uma desordem no seio da sociedade, na lógica do não fornecimento de segurança ao cidadão e no desrespeito ao cumprimento das decisões judiciais, inviabilizando até mesmo incentivando violações criminais.

A materialização desta ingovernabilidade ocorreu no Estado do Espírito Santo, em 2017, quando a Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (PMES) promoveu uma

greve geral, criando um estado caótico e descontrolado por 22 dias, com um resultado de 215 mortes violentas, o que exigiu a intervenção do Exército em operação do tipo GLO⁹, prevista no art. 142 da CF/88.

A segurança pública possui, ainda, na sua dimensão interna, índole voltada à convivência pacífica e equilibrada do povo, com base primordial em valores jurídico-éticos, indeclináveis à existência de uma comunidade (CARVALHO, 2007, p. 1116).

Tal equilíbrio somente se obtém quando a segurança pública consegue garantir que os direitos e liberdades atuem sem quaisquer atos de interferência ou violações às normas, construindo a ordem pública, que é o conjunto daqueles valores. Somente com a dissociação entre interesses públicos e privados se obtém um sentido racional para tal termo.

Até então, os regimes absolutistas não se preocupavam com ordem pública *lato sensu*, pois, como se mantinham mediante o uso de força bruta, suas determinações sempre eram seguidas independentemente de direitos e garantias de terceiros, que na prática inexistiam. Com a introdução nas Constituições das liberdades e direitos, o Estado teve limitada a sua atuação e se viu obrigado a obedecer às normas positivadas, estas representando os direitos e deveres de todos os cidadãos, inclusive as limitações do poder estatal.

Ordem Pública é o estado de estabilidade das instituições públicas e dos institutos jurídico-sociais no qual o corpo social deposita a sua confiança na atuação estatal, buscando segurança nas suas várias acepções, numa teia de ações e reações estatais e dos indivíduos, que, uma vez equilibradas, geram condições mínimas de possibilidade de segurança e paz. Refere-se a todos os comportamentos ilegais que não constituam crime.

Freitas (2012, p. 6772-6801) assevera que a *ordem pública* é elemento garantidor das condições mínimas e essenciais à vida humana enquanto Direitos Humanos, mantendo incólume o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas, a segurança em seu

⁹ Garantia da Lei e da Ordem.

sentido amplo e a tranquilidade no trato social, que permitem, em última análise, uma convivência aceitável entre os cidadãos.

O crime sempre compromete e põe em xeque esta ordem, violando a tranquilidade social e desrespeitando os Direitos Fundamentais dos cidadãos. Partindo-se do princípio que o cidadão delegou ao Estado a função de garantidor da ordem pública, este tem por dever de ofício atuar, seja preventiva ou repressivamente, por seus agentes públicos, policiais ou não, aos quais delegou parcela relevante de seus poderes de uso da força, com a finalidade de evitar crimes e lesões contra pessoas e coisas.

Na mesma linha, Silva (2009, p. 777-778) define ordem pública como uma expectativa de coexistência pacífica no seio social, sem a ocorrência de ameaças ou a efetivação de violências de qualquer espécie, além da impossibilidade de sublevações que, supostamente, possam induzir, em curto espaço de tempo, à violação das leis e à prática de crimes.

Uma vez construído o conceito de ordem pública, como garantidor das condições essenciais à vida, necessário se faz verificar não apenas a sua construção teórica, mas as condições de sua manutenção.

Sapori (2007, p. 16) afirma que, atualmente, um dos bens coletivos de maior valor social é a manutenção da ordem pública, particularmente no combate à criminalidade, comum ou organizada. Mas não somente a garantia da segurança, pois a ordem pública se estende ao fornecimento regular e de qualidade da saúde e educação, tendo o Estado como garantidor desta ordem e preservador da integridade física dos cidadãos.

Ressalta ainda o autor que, institucionalmente, Estados democráticos buscam a manutenção da ordem pública mediante a submissão às normas legais que delimitam seus poderes de atuação, vigorando então tais atividades sob a máxima observância legal.

Na contemporaneidade, o combate às Orcrimis é parte relevante no controle da ordem pública pelo Estado de Direito, iniciando-se na prevenção e na repressão, com contornos de guerra civil, particularmente nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, desaguando no sistema penal como um suposto ressocializador de pessoas.

Nesta tentativa de manutenção da ordem pública, no viés punitivo, o Estado elaborou formas de segregação dos líderes de tais Orcrimis, buscando isolá-los tanto da sociedade como de seus próprios pares em cumprimento de pena.

Inegável e de conhecimento público que as prisões brasileiras são integrantes do conceito de segurança pública, tendo, inclusive, seus agentes sido alçados à condição de “policiais penais” no próprio art. 144 da CF/88. São locais inseguros e com poucos controles formais, o que possibilita que se constituam em quartéis-generais do crime.

A sociedade brasileira, por seus legítimos representantes, definiu a segurança como um dos Direitos Fundamentais para o seu desenvolvimento, fazendo-o constar, explicitamente, em seus artigos 5º, 6º e 144 da CF/88, além de seu preâmbulo, nas acepções individual e social. Para desincumbir-se do dever constitucional de garantir a paz e atuar contra condutas violadoras às normas, houve a necessidade da criação de órgãos e aparatos públicos eminentemente policiais e de segurança que se ocupam dessas funções.

O conceito de segurança pública possui uma atuação dúplice: de um lado, o Estado tem o dever de agir de forma positiva, garantindo direitos sociais em todas as suas subdivisões; de outro, deve agir negativamente, respeitando liberdades públicas e não atentando contra os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

A dignidade da pessoa humana, enquanto Direito positivado e fundamental, é ao mesmo tempo base e amparo ao Direito Fundamental à segurança pública, esta alinhada com os demais Direitos Fundamentais, todos assegurados aos cidadãos.

O art. 5º da CF/88, em relação à segurança, necessita que tal termo seja entendido em vários sentidos, entre os quais, estabilidade, previsibilidade e redução de riscos. Na estabilidade das relações jurídicas, geralmente expressas no direito adquirido; no

ato jurídico perfeito e na coisa julgada; na previsibilidade, na legalidade e nas demais proteções legais; na redução de riscos enquanto proteção ao cidadão, ou seja, na prevenção, vigilância e repressão às violações; na segurança social enquanto saúde, previdência e assistência (TAVARES, 2013, p. 229-232).

Nessa linha, a segurança se apresenta como um sentido clássico contra as violações do Estado, configurando-se como um direito de primeira dimensão (FABRETTI, 2014, p. 112).

Quanto ao artigo 6º, refere-se, nitidamente, à segurança enquanto direito social: moradia, alimentação e proteção à infância, entre outros, ou seja, direitos típicos da 2ª dimensão, a exigir do Estado prestações positivas para a sua implementação.

A segurança pública é introduzida constitucionalmente como suporte fundamental da democracia, porquanto garante a ordem pública como direito da sociedade em todos os aspectos, assegurando, também, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, seja público ou privado (MORAES, 2010, p. 80).

Entre as várias acepções do termo segurança, a segurança pessoal é, sem dúvida, a que afeta diretamente o ser humano nas suas pretensões sociais e nos seus direitos vinculados às liberdades públicas.

O artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) estabelece que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e a segurança pessoal”. A segurança pessoal deve ser entendida como individual, a garantir sua integridade moral e física:

[...] a segurança pessoal é uma variável das mais importantes a serem consideradas nas estratégias de respeito aos Direitos Humanos. E segurança – tanto quanto saúde, educação, trabalho, etc. – é um benefício que um Estado democrático deve aos seus cidadãos. Sem ela, voltamos ao chamado “estado de Natureza” – que talvez seja menos idílico do que pintaram os contratualistas da nossa predileção. Ou seja: lemos tanto Rousseau que esquecemos Hobbes. (OLIVEIRA, 2000, p. 151).

Visitando-se aquela Declaração, constata-se que a liberdade possui um valor intrínseco que irradia outros direitos que, em respeito a ela, protegem o cidadão contra

a violência física externada mediante o poder de polícia e sobre a razão no viés de censura.

Atento aos anseios da população, que estabelece como prioridade o item segurança pública nas acepções segurança pessoal e ordem pública, o constituinte dispôs no art. 144 que a segurança pública é: “[...] dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 1988, *online*).

Em 2019 houve no Brasil 47.773 homicídios, o que equivale a 22,7 mortes por grupo de 100 mil habitantes, taxa esta com redução de 17,7% em relação a 2018, conforme dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), ante uma média internacional de menos de 12 mortes por 100 mil habitantes (FBSP, 2020, p. 12).

A questão dos homicídios dolosos no Brasil é um grave problema recorrente. As estatísticas em nível nacional e internacional apontam, há várias décadas, tendências de elevação do número de mortes a partir de 1980, quando se verifica que tal curva se acentuou. A taxa nacional de homicídios era então de 11,7 mortes por 100 mil habitantes, conforme Lira (2016, *online*); em 2020, houve um aumento de cerca de 100%.

Nas grandes cidades brasileiras, em particular São Paulo e Rio de Janeiro, os cidadãos, há algumas décadas, têm seus Direitos Fundamentais limitados ou impedidos de fruição por Orcrims que, com armas típicas de guerra, criaram verdadeiras áreas autônomas, normalmente comunidades, nas quais o Estado não detém o domínio nem territorial nem político. São áreas anômicas, num desafio à soberania do Estado.

Tráfico intenso de drogas, armas e a força bruta impõem aos moradores dessas áreas uma condição de cidadãos de 2ª categoria, visto que estão desassistidos pelo Estado, sendo obrigados a obedecer a ordens arbitrárias, sob pena até mesmo de eliminação física. Nessa anomia, como se apresenta o Estado garantidor do Direito Fundamental à segurança, já positivado na Constituição Federal?

Cria-se um verdadeiro estado de exceção, na forma referida por Agamben, mas sem suspensão constitucional. O Poder Público não consegue impor a primazia do Estado. Parte do corpo social se encontra em guerra, insurreição ou resistência, não aceitando os comandos legais postos, numa quase forma de autonomia de um microestado dentro do Estado (AGAMBEN, 2004, p. 101-103).

Nesta exceção, o poder público se utiliza de todos os meios disponíveis na segurança pública para tentar conter o “inimigo” da sociedade, nem sempre tendo sucesso, lançando mão da inocuidade, seja por eliminação ou segregação, como forma de dominação de seus inimigos.

Num estado de coisas anômicas, seria esperado que houvesse uma fragilização da democracia perante o crescimento desordenado da violência. No entanto, em quase três décadas, ambas se solidificaram. Resta clara a ineficácia do Estado e de seus órgãos no combate policial e jurídico às hordas criminosas e seus agrupamentos, deixando de fornecer à população uma segurança pública minimamente aceitável.

Os avanços das Ocrims violentas, entretanto, não tiveram força bélica ou legitimidade social para intervir na consolidação da neodemocracia e na introjeção do conceito de cidadania na população. Desse modo, a violência e a democracia cresceram *pari passu*, de alguma forma interdependentes, sem que uma consiga sobrepor-se à outra (CALDEIRA, 2002, p. 1).

Numa análise mais aprofundada, fica evidenciado que não havia tal interesse. Embora com estrutura e estratégias de insurgência, as facções não pretendem assumir o governo (e prover suas funções), impor outras ideologias (aliás, são representantes do capitalismo selvagem) ou de alguma forma de atuar politicamente, salvo por meio da eleição de alguns representantes ou aliados, mas apenas como qualquer outro grupo de interesses. Logo, não se apresenta com características de plano de poder ou de movimento ideológico.

A positivação encetada no art. 144, *caput*, da Constituição se amolda a uma lógica de proteção especial de direitos, elevando-o a um entendimento de Direito Fundamental, na medida em que determina funções de garantia da ordem e preservação de

segurança a pessoas físicas e jurídicas, construindo uma base de apoio aos demais Direitos Fundamentais.

Na visão de Fontes e Pineschi (2012, p. 43), num recorte da situação vivida nas últimas décadas, dúvidas não existem de que a omissão, o afrouxamento ou mesmo a ausência de medidas disciplinares produziram centrais criminais internas nos estabelecimentos penitenciários, transformando-os em quartéis-generais do crime. Lideranças negativas em seu interior determinam o cometimento de crimes, inclusive atos de terrorismo de grande porte à sociedade em geral, e não somente às forças públicas. Concluem pela impossibilidade de gestão dos sistemas prisionais sem a utilização de ferramentas que mesclam recompensas e sanções, de forma individual, tudo atrelado a um perfil disciplinar, comportamento e colaboração interna.

Neste sentido, a segurança pública exige prestações positivas por parte do Estado, e isonômicas em relação à sociedade; sua ausência pode interferir na lógica do Estado de Direito, em suas instituições e nos próprios Direitos Fundamentais do cidadão, colocando em realce a fundamentalidade daquele direito.

Nesta linha, pondera Andrade (2010, p. 213) ser evidente que, ao direito posto dos cidadãos à segurança, há a contrapartida do dever do Estado a esta prestação obrigatória. Naturalmente que o Estado não possui recursos, nem a obrigação de garantia de segurança no aspecto pessoal aos cidadãos, ou seja, na modalidade *uti singuli*, mas tem sim a obrigação *uti universi*, pois se trata de direito eminentemente coletivo e difuso à segurança, tão concreto como o direito subjetivo do indivíduo.

Num hipotético fluxograma de valores, pode-se verificar que a Dignidade Humana é um direito supralegal, sustentado por tratados e convenções internacionais, além da positivação constitucional. Possui como elemento fundamental a segurança nas suas três acepções: jurídica, pública e social.

A prestação do serviço de segurança pública é realizada na forma centralizada enquanto conceito, e descentralizado enquanto execução, tendo em vista sua natureza constitucional e a exclusividade de atuação, não se permitindo, salvo poucas exceções, seu exercício por particulares. Atua de forma concentrada, por meio de

seus agentes, sendo classificado como próprio e exclusivo do Estado, com base no poder de polícia que detém (ANDRADE, 2010, p. 167).

O conceito de segurança pública remete a um conceito de direito difuso, logo coletivo, fruível por qualquer cidadão, exigível do Poder Público enquanto Estado de Direito, e com inúmeras obrigações, entre as quais a própria sustentação da democracia.

A sustentação das determinações de cumprimento às ordens legais apoia-se nesses mesmos órgãos de segurança pública, que podem, inclusive, afetar direitos e liberdades dos cidadãos, devendo ser alvo de controle e fiscalização, em particular pelo Ministério Público.

Em que pese a segurança pública não estar insculpida no art. 5º da Constituição como Direito Fundamental, deve ser interpretada com base na cláusula de abertura referida no § 2º daquele artigo, que versa sobre a possibilidade do reconhecimento de princípios mesmo que não textualizados, o que nos leva a concluir que mesmo não estando incluída no texto, não existe impedimento ao seu reconhecimento como Direito Fundamental.

Da mesma posição coaduna Sarlet (2015a, p. 86), apontando que no art. 5º, § 2º, da CF/88 existe uma amplitude legislativa de grande monta em relação à conceituação aberta dos Direitos Fundamentais, que abarca não somente a possibilidade jurisprudencial de novos Direitos Fundamentais não escritos, ou seja, não positivados, mas também o aproveitamento de outros Direitos Fundamentais existentes no próprio arcabouço constitucional e, até mesmo, em tratados internacionais.

Eis a jurisprudência do STF:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO NO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

3. Agravo regimental improvido. (STF, 2011, *online*, grifo nosso).

Neste agravo regimental improvido, a Ministra Ellen Gracie sustenta que na apreciação reiterada de casos com ofensas ao art. 2º da Constituição Federal, no tocante às políticas públicas, não se verifica nenhum tipo de ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade do Poder Executivo, pois o Estado-Juiz pode determinar ao Executivo a efetivação de políticas públicas constitucionalmente previstas e inadimplidas por aquele Poder (STF, 2011, p. 147).

Arremata a relatora que a evolução jurisprudencial tem experimentado visível avanço, admitindo, excepcionalmente, uma atuação direta do Poder Judiciário na matéria de omissão de políticas públicas constitucionais. O reconhecimento dos Direitos sociais previstos nos artigos 6º e 144 da Constituição Federal não podem ser descumpridos pelo Executivo sob o argumento de violação do princípio da separação dos poderes em detrimento do tecido social.

Na SS 3205/AM, a referida Ministra também entendeu pela inadmissibilidade da prevalência de programas de saúde que não podem se sobrepor à própria saúde, bem como apontou inúmeros julgados da corte, entre os quais: RE 594.018 AgR/RJ; RE 410.715/SP e SL 47 – AgR/PE, nos quais se identificam princípios de índole constitucional e de execução obrigatória pelo Poder Executivo (STF, 2011, p. 150).

Nesta linha lógica, e com acerto, Freire Júnior (2018, p. 154) ressalta que o Direito Fundamental das vítimas e do corpo social, aspecto este vinculado ao presente trabalho, de verem punidos os autores de crimes, após o devido processo legal,

traduz-se num Direito Fundamental de extrema relevância, devendo ser um farol interpretativo para o sistema penal.

Por todo o exposto, conclui-se que o cidadão possui direitos inequívocos à segurança tanto no *lato sensu* (jurídico e social) como no *stricto sensu* (segurança pública). Trata-se de um Direito Fundamental difuso, que serve de base aos demais Direitos Fundamentais, sendo obrigação primordial do Estado garantir a segurança pública e a proteção à vida, à integridade física e aos seus bens.

5.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL DE INTEGRAÇÃO SOCIAL DE PESSOA PRESA, COMPONENTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, E SEUS EVENTUAIS REFLEXOS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Como demonstrado nos capítulos anteriores, a prisão de há muito está consagrada na sociedade, sendo o grande desafio da modernidade torná-la um espaço gerido pelos princípios dos Direitos Humanos, distanciando-a da ideia de suplício realizado pelo Estado.

Internacionalmente, os Direitos Humanos dos presos encontram-se previstos em vários diplomas normativos, entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanas ou degradantes, e, especialmente, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros. O Brasil signatário de todos eles.

Recentemente, em 2015, a ONU promoveu uma alteração nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, que passaram a se denominar Regras de Mandela (*Mandela's Rules*), em homenagem a Nelson Mandela, líder político sul-africano.

Quanto à natureza dessas regras internacionais, são normas com força de *soft law*, ou seja, são normas programáticas, portanto, sem força vinculante, servindo, entretanto, como instruções normativas de órgãos internacionais sobre determinado assunto que envolve os Direitos Humanos, o que lhes confere grande importância

para o trabalho não apenas do Judiciário, como também do próprio Executivo, que, ao gerenciar o sistema carcerário, deve implementar políticas e ações condizentes com tais instrumentos (BASTOS; REBOUÇAS, 2019, p. 146).

Internamente, a Constituição Federal traz como seu fundamento a Dignidade Humana, elencando, expressamente, alguns direitos da pessoa presa no rol mínimo dos Direitos Fundamentais no art. 5º, II, III, XXXV, XXXIX, XLVI, XLVII, “e” e XLIX:

Art. 5º [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...];

XLVII - não haverá penas: [...];

e) cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (BRASIL, 1988).

Estabelece ainda a aplicação imediata desses direitos, bem como a possibilidade de sua ampliação, tendo como base o regime e os princípios constitucionalmente adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Dallari (2004. p. 14) sustenta que todos os seres humanos possuem os mesmos Direitos Humanos fundamentais, que tais direitos existem, inclusive, para os violadores da lei, ou seja, para aqueles que praticaram ilícitos ou quaisquer atos que, de alguma forma, atingiram pessoas ou o tecido social como um todo. Em tais transgressões, aquele que praticou o ato deve ser apenado com base em lei já existente. Não se deve olvidar que mesmo tendo praticado atos criminosos, o acusado permanece na condição de pessoa humana, logo sujeito de direitos.

A Lei nº 7.210/84, que disciplina a execução penal no Brasil, aponta como seu objetivo viabilizar a harmônica integração social do condenado ou internado, mantendo intactos todos os direitos que não foram atingidos pela sentença condenatória ou pela lei (BRASIL, 1984). Assim, a execução penal tem por escopo a integração do condenado, adotando a teoria *mista*, segundo a qual não se busca apenas a

retribuição, e sim prevenção, ressocialização e humanização. Objetiva-se, por meio da execução penal, punir e humanizar (MARCÃO, 2012, p. 29).

Sendo o preso, claramente, sujeito da execução penal e não objeto, deve conservar todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade assentada em sentença ou decisão judicial, sendo imposto às autoridades o respeito à sua integridade física e moral, na forma dos artigos 38 do Código Penal e 40 da Lei de Execuções Penais.

Em alinhamento com os referidos artigos e em consonância com o artigo 41, V, X e XV do mesmo diploma, desenha-se um conjunto de direitos, tais como: atividades sociais internas, contatos regulares com familiares e manutenção de interação com o mundo exterior, que visam abrandar os efeitos do cerceamento de liberdade imposto por decisões judiciais privativas de liberdade.

A esse conjunto de direitos previstos na legislação infraconstitucional, derivados do princípio da Dignidade Humana, considera-se um verdadeiro princípio fundamental **de integração social**, sendo esse o recorte trabalhado no presente estudo, sem deixar de reconhecer a importância dos demais direitos da pessoa presa.

No primeiro dos direitos elencados como de integração social, a Lei de Execuções Penais estabelece ser direito do preso a distribuição do seu tempo entre trabalho, descanso e recreação. O tempo é uma questão preponderante quando se trata de privação de liberdade.

Segundo Goffman (2013, p. 23), numa instituição total, como é o caso das prisões, em face da perda dos contatos sociais e das relações ordinárias da vida cotidiana externa, é comum o sentimento de tempo perdido, “destruído ou tirado da vida da pessoa; é tempo que precisa ser apagado; é algo que precisa ser cumprido, preenchido ou arrastado de alguma forma”.

Isso porque, como a prisão é um mundo à parte, com um tempo e uma história próprios, em que tanto o futuro quanto o presente – fato criminoso – funcionam como uma espécie de “máquina de estagnação temporal”, que sempre leva o detento a

rememorar o fato que o levou a tal situação, mantendo-o preso ao passado (MORETTO, 2005, p. 35).

Assim, visando evitar que o tempo do preso se transforme em instrumento de imposição de suplício pelo Estado, a lei determina que no período do dia sejam dispostas atividades das quais ele poderá participar, devendo o Poder Público promover as medidas necessárias para que isso ocorra, em condições adequadas de fruição.

Neste ponto, importante ressaltar que, apesar de o trabalho estar elencado nesse rol, o preso não pode ser obrigado a trabalhar, uma vez que é constitucionalmente vedada a pena de trabalho forçado no Brasil, sendo um direito que o recluso pode exercer ou não.

Aos que exercem esse direito, a lei assegura a jornada de trabalho máxima de oito horas diárias, com descanso aos domingos e feriados, mediante remuneração não inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo. Além disso, a cada três dias trabalhados, o preso obtém a remição de um dia de pena (BRASIL, 1984).

Para Moreira Neto e Sachuk (2011, p. 101-103), o trabalho do preso, além de permitir o gasto de sua energia e o preenchimento do tempo ocioso, é um fator estruturador que lhe proporciona crescimento pessoal, por meio do desenvolvimento profissional e intelectual, o que significa a esperança de conseguir reconstruir a vida na ocasião de sua volta ao convívio social, o resgate da confiança em si mesmo, a melhora de sua imagem diante dos familiares, de si mesmo e, conseqüentemente, o resgate da autoestima.

Ademais, com a remuneração percebida, o detento pode contribuir para o sustento da sua família, o que faz com que se sinta bem consigo, uma vez que tem a sensação de que sua família não está abandonada, além de adquirir materiais de primeira necessidade para si.

A atribuição de uma atividade laboral para o recluso, principalmente pela possibilidade de sua profissionalização, é um instrumento que não pode ser menosprezado,

ormente na perspectiva da reinserção social, já que a população prisional do Brasil, formada quase que integralmente por pessoas providas de segmentos sociais vulneráveis, apresenta baixa escolarização, desqualificação profissional e precária participação do mercado de trabalho (SILVA, 2001, p. 35).

Cotes (2006, *online*) reuniu as vantagens do trabalho do preso, para si próprio, para a empresa que emprega e para a sociedade:

Quadro 1 – Vantagem do trabalho do preso.

Vantagem para todos – Como os presos, as empresas e a sociedade são beneficiadas pelo trabalho nas penitenciárias
<p style="text-align: center;">BENEFÍCIOS PARA OS PRESOS</p> <p>a) A cada três dias de trabalho ganha-se um dia de redução da pena. b) Recebem cerca de um salário mínimo. c) 10% dos salários do preso são automaticamente poupados. Assim, eles têm um fundo para quando saírem da prisão. d) Os salários podem ser enviados à família ou usados para despesas pessoais, como compra de material de higiene.</p>
<p style="text-align: center;">BENEFÍCIOS PARA AS EMPRESAS</p> <p>a) Os presos não são empregados no regime de CLT. Com isso, as empresas economizam até 60% dos custos de mão de obra ao não pagar benefícios, como férias, 13º salário e Fundo de Garantia. b) A empresa também poupa na instalação da unidade de produção, pois usa a infraestrutura do presídio, como galpões, água e energia elétrica. c) Os presos faltam menos ao trabalho do que um operário comum.</p>
<p style="text-align: center;">BENEFÍCIOS PARA A SOCIEDADE</p> <p>a) O trabalho aumenta a chance de ressocialização do preso. É uma forma de prevenir a reincidência quando ele ganha liberdade. b) 10% do salário dos presos alimenta um fundo que paga o trabalho de outros detentos na manutenção das unidades prisionais. c) O trabalho ocupa os condenados, diminuindo as tensões na cadeia e os motivos para rebeliões ou fugas. d) Os presos adquirem noções de hierarquia, cumprimento de horários e metas de produção.</p>

Fonte: adaptado de Cotes (2006, *online*).

Entretanto, apesar de todas essas vantagens para o preso e a sociedade, as vagas de trabalho disponibilizadas no sistema prisional ainda são escassas, não abarcando grande parte da população carcerária que gostaria de exercer a atividade laboral.

Alternativa a esse panorama se apresenta no modelo de cogestão prisional que, entre outros objetivos, visa à construção de uma política de eficiência em relação ao atendimento dos direitos dos cidadãos presos.

Neste modelo de gerenciamento de unidades prisionais com administração privada, liberta de entraves burocráticos, podem-se estabelecer metas de assistência aos presos e seus familiares, políticas de humanização dos cárceres e programas de reinserção social dos reeducandos (BLATTER; HERKENHOFF, 2016, p. 41-43).

Aduzem os autores que a experiência no Estado de Alagoas vem demonstrando que a iniciativa privada é capaz de oferecer melhores serviços aos internos, desde hotelaria a trabalho – e, portanto, respeitar mais os seus direitos e favorecer a sua ressocialização, por custos cuja diferença, se houver, é irrelevante, quando não favorável aos cofres públicos.

Por outro lado, também é assegurado ao preso o direito à recreação e ao descanso, que nas lições Dumazedier (1973, p. 34) compõem o conceito de lazer. Este compreende o conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora, após desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.

Obviamente, o preso não tem completa liberdade para a escolha das atividades de recreação e descanso, tendo em vista que o seu ir e vir está limitado pelo cumprimento da sentença condenatória. Mas isso não pode implicar a perda do Direito Fundamental ao lazer, que está legalmente assegurado.

As atividades de recreação acontecem, geralmente, durante o banho de sol, quando os presos costumam exercer atividades em conjunto, ainda que de forma improvisada,

já que faltam, muitas vezes, espaços propícios e equipamentos. Nesses momentos, eles jogam bola, conversam, riem, se divertem, enfim, desligam-se da dureza do cotidiano da prisão.

A prática desportiva e o exercício das atividades profissionais, intelectuais e artísticas, desde que adequados com a execução da pena, são direitos assegurados ao preso na LEP, sendo importantes instrumentos de ressocialização, uma vez que têm potencial para estimular a autonomia, o desenvolvimento intelectual e as relações interpessoais. Lamentavelmente, são pouco explorados pelo Poder Público.

Há ainda a oportunidade de assistir à TV, que se torna um importante contato com o que ocorre além das grades. Os programas, jogos de futebol, filmes e novelas tornam-se temas de conversa, diversão e descontração, e também são uma espécie de janela que lhes permite ter acesso a informações do mundo exterior, com o qual, de alguma forma, podem interagir.

Mirabete (2004, p. 123) aduz que as atividades de recreação contribuem efetivamente para a recuperação do preso, pois permitem que este mantenha o mínimo de autonomia íntima, exercite sua liberdade interior e sua imaginação, canalizando suas cargas emocionais ou tensões físicas e psíquicas normais dentro do ambiente prisional, mantendo assim um pouco do equilíbrio necessário para uma vida, o quanto possível, normal.

Ademais, com o desempenho dessas atividades de trabalho, descanso e recreação, combate-se o ócio que nas prisões, segundo o referido autor, seria a “mãe de todos os vícios”, a produzir efeitos deletérios (indolência, preguiça, egoísmo, desocupação, jogo, contágio moral, desequilíbrio) que compõem um conteúdo antiético que pode lançar por terra as esperanças do reajuste social do condenado (MIRABETE, 2004, p. 119).

Outro direito relevante para a integração social são as visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados pela autoridade prisional. A prisão promove um afastamento obrigatório das pessoas queridas, o que acentua a solidão do cárcere, sentimento este suavizado nas visitas, quando o detento tem

contato com seus familiares, recuperando então parte de sua vida social e familiar tolhida na cadeia.

O contato com a família, nos dias de visita, incentiva os laços afetivos e aumenta a esperança e a vontade do preso para retornar ao convívio familiar. Já a visita dos amigos tem potencial de manter no recluso o vínculo com sua vida social anterior ao crime e ao aprisionamento, o que serve de estímulo para se reintegrar futuramente na sociedade extramuros.

Há ainda o direito do preso de manter contato com o mundo exterior por meio da correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação, assegurado no inciso XV do art. 41 da LEP.

Trata-se da necessidade de inclusão do preso em relação aos meios de informação e cultura, por meio de sua interação com o mundo exterior, ampliando os horizontes até mesmo com a possibilidade real de cursar, via internet, graduação e pós-graduação, ainda que na prisão. Esta abertura mental pode promover no reeducando uma amplificação das possibilidades de reintegração ao tecido social, como possibilidade de nova ascensão social pós-cumprimento da pena, ou seja, a consolidação do princípio da integração.

Inicialmente, o conceito de comunicação escrita correspondia ao envio e recebimento de cartas para parentes e amigos. Atualmente essa troca de informações pode ser realizada por meio da internet, com o acesso dos presos a computadores, nos parâmetros autorizados pelas autoridades prisionais.

Entretanto, esses meios de comunicação, especialmente a carta, ainda é bastante utilizada pelos reclusos para apresentarem solicitações a autoridades tais como juízes, promotores de Justiça e defensores públicos, visando à concessão de benefícios ou ao reconhecimento de direitos.

É importante ainda destacar que as comunicações escritas, telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas possuem proteção constitucional de sigilo, sendo consideradas invioláveis.

Contudo, o sentido da inviolabilidade, no caso da pessoa presa, possui temperamento, uma vez que não pode constituir proteção para a prática de eventuais delitos pelos presos. Neste caso, a inviolabilidade de correspondência cede espaço ao interesse maior, que é a garantia à segurança pública (NUCCI, 2005, p. 489).

Todos esses direitos são de fundamental importância para que presos e sociedade estreitem os seus laços, servindo de amortecimento para a dura rotina carcerária e sendo uma importante fonte de esperança e desejo de ser reinserido na sociedade ampla.

Entretanto, como observado por Hesse (1998, p. 259), as relações entre as pessoas presas e o Estado se configuram numa relação especial de sujeição, que se materializam em deveres especiais, pois ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão, podendo, então, haver limites à fruição daqueles direitos. Na legislação de execução penal, existe clara possibilidade de restrição a tais direitos, conforme parágrafo único do art. 41, sendo tal decisão discricionária da autoridade penitenciária, o que não é impeditivo de que outros direitos também possam ser limitados, não pela administração e sim pelo juiz das execuções penais.

De origem marcadamente alemã, a relação especial de sujeição estabelecida, no âmbito do direito público, ou seja, um poder geral do Estado, cria uma verdadeira classe de relações especiais, denominadas de relações de sujeição particular, em que o ato administrativo direcionado ao cidadão reflete, de maneira inequívoca, tal vínculo de subordinação ou sujeição, tendo como resultado consequencial a chamada *instrução* (MAYER, 1949, p. 134).

Sujeitar-se a algo equivale a obedecer, sem resistência, a pessoa física ou jurídica que se reconhece como superior. No caso, tal vínculo pressupõe a existência de duas pessoas juridicamente desiguais, cujo direcionamento é controlado pela pessoa superior. No caso de pessoas presas, a relação entre Estado e reeducando é um vínculo de sujeição importante, já que se trata de uma relação jurídica de direito público que o vincula em relação ao Estado, tendo em vista a obrigação geral de regulação de condutas vinculadas a determinado interesse público.

Mayer (1949, p. 144-145) entende que esta obrigação permitiria ao Estado emitir ordens detalhadas ao indivíduo, e que essas ordens especiais são atos administrativos, com a particularidade de poderem ser editadas como regras gerais, inclusive podendo ser emanadas de servidores públicos e não somente de autoridades, por se tratar de ordens especiais. Fica evidenciado que as relações de sujeição especial colocam o indivíduo numa dependência em relação ao Estado, podendo-se exemplificar no caso de presos, do serviço militar, dos funcionários públicos e de estabelecimentos públicos em geral.

Porém, em 1972, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) na decisão BVGE 33,1 decidiu que nas relações especiais de sujeição deveriam ser obedecidos os Direitos Fundamentais e o princípio da legalidade. Asseverou que: a) os Direitos Fundamentais dos presos necessitam de lei para serem restringidos; b) somente em caráter excepcional e provisório podem existir intervenções nos Direitos Fundamentais dos presos, sem fundamento legal; c) a restrição dos Direitos Fundamentais dos reeducandos somente terá lugar quando imprescindível para a sociedade, respeitados os valores constitucionais; d) os legisladores devem construir lei de execuções penais em absoluta sintonia com os Direitos Fundamentais (SCHWABE, 2003, p. 12-16).

Nesta decisão do TCFA, existiu, claramente, uma limitação às relações especiais de sujeição, não podendo o Estado editar normas sem o respeito e a sintonia com os Direitos Fundamentais das pessoas presas, sendo fixados parâmetros que se referem à necessidade de lei, provisoriedade, restrição ponderada com interesse social e criação de lei específica já com incorporação desses itens.

Logo, mesmo com amparo constitucional e da legislação ordinária, os direitos das pessoas presas não são ilimitados, pois caso o fossem, estar-se-ia diante de um verdadeiro salvo-conduto para o cometimento de violações à lei, sem possibilidade de utilização de instrumentos legais que pudessem regular as condutas eventualmente desviadas das normas.

Todos os direitos acima elencados também são assegurados aos presos integrantes de Orcrims, salvo se estes forem incluídos no RDD, quando, inicialmente, devem ficar

em isolamento na cela por 22 horas diárias, tendo apenas duas horas para banho de sol, porém sem contato com os demais presos (BRASIL, 2003, *online*).

A suspensão ou restrição do direito à integração social é uma das principais causas apontadas pela doutrina que se posiciona contra o referido instrumento disciplinar.

Uma das críticas ao RDD aponta que o isolamento carcerário de longa duração pode trazer diversas alterações físicas e emocionais, desde crises de ansiedade até eventuais riscos à saúde do preso, e principalmente o rompimento da interação deste com o público interno do cárcere, representado pela massa carcerária, e o externo, que abrange, além da família, os amigos e até o acesso aos meios formais de informação.

Estudo realizado por Mendez (2013, p. 3-4) revela que a utilização do isolamento por períodos curtos e controlados em relação a condições pessoais e tempo de permanência pode ser justificada com base na análise individual do caso concreto. Sua utilização sem controles ou por tempo indeterminado não é ferramenta válida nas mãos do poder público.

O autor sustenta que a partir de 15 dias em isolamento contínuo iniciam-se danos ao equilíbrio mental do preso, com possibilidades de danos permanentes, tais como psicoses, ansiedade ou depressão, paranoia e, até mesmo, possibilidade de automutilação. A nocividade à saúde devido ao isolamento ocorre em curto espaço de tempo, e seu prolongamento pode definir a diferença entre sanidade e insanidade do cidadão segregado.

Ainda sobre o aspecto físico-emocional do preso, Serrano (1997, p. 350), alinhado com Mendez, verifica uma danificação, lenta e contínua, na imagem percebida pelo isolado em relação à sociedade externa, com a introjeção de processos de dissimulação e falsidade da verdade, bem como a ocorrência de crises de ansiedade alternadas com descontroles devido à hiperemotividade, tudo concernente a vivências ligadas a longos períodos de isolamento.

Completam este quadro mental a possibilidade de introversão social, ou seja, afastamento pessoal e progressivo das relações sociais, egocentria, desenvolvimento de doenças imaginárias e ideias suicidas, tudo gerado pelo referido isolamento e pelas regras de submissão pessoal que dele derivam.

O Protocolo de Istambul de investigação da tortura e outras penas degradantes faz referência específica na letra “g”, item 144, ‘n’, a casos de isolamento de pessoas presas que são colocadas nesta situação visando à perda de laços pessoais e identificações recíprocas, situação que teria a finalidade de despersonalizar o preso e forçar a imposição de padrões carcerários (ONU, 2001, p. 43-44).

Parte da doutrina aponta os isolamentos carcerários como violação do princípio da humanidade das penas, classificando-as como “cruéis”, tendo Oliveira (2014, p. 211) se posicionado no sentido de que a própria Constituição Federal, em relação à proteção a direitos individuais, previstos no art. 5º, inciso XLVII, “e”, fixa a proibição de penas cruéis, proibição esta em total alinhamento com o princípio da Dignidade Humana, como previsto no art. 1º, III, daquele diploma, e, em particular, em homenagem ao princípio da humanidade das penas.

Importante frisar que o isolamento atinge apenas detentos integrantes de perigosas Ocrims, que colocam em risco a ordem dos estabelecimentos carcerários ou a sociedade, restringindo sua possibilidade de continuação delitiva no interior das unidades prisionais e impedindo sua integração com os demais presos. Esse isolamento, se não for acompanhado por médicos e psicólogos, pode, em tese, gerar distúrbios físicos, psicológicos, biológicos e sociofamiliares. Por isso o Estado deve atuar no viés da prevenção.

Bitencourt (2004, p. 199) assenta que as reações psicológicas de fundo carcerário, que florescem no cumprimento das penas ou segregações, e particularmente nos isolamentos, são absolutamente esperáveis e até certo ponto inevitáveis. É sabido que a prisão é produtora de tais distúrbios mentais pela forma como é aplicada, sendo mera falácia se discutir ressocialização de criminosos mantidos em meio tão hostil, tanto física como psicologicamente. O sistema penitenciário apenas age como um

depósito de presos, sem compromisso algum com a transformação do cidadão ora delinquente.

Apesar dessas críticas, houve recente alteração da Lei 7.210/84 por meio da Lei 13.964/19, que suavizou o anterior modelo de isolamento total, permitindo, nesta nova redação conferida ao art. 52, IV, o banho de sol coletivo com até quatro reeducandos, desde que não pertencentes à mesma Orcrim (BRASIL, 2019).

A imposição do RDD se mostra, claramente, como restrição a Direito Fundamental, instituída por lei, que se harmoniza com o art. 5º, LXVI, da Constituição, a consagrar a regulação da individualização da pena. Mendes (2000, p. 232) aduz que tal restrição exige previsão legal, sendo caso de reserva legal simples, ou seja, tal restrição tem contorno de lei constitucional.

As respostas do Estado no viés da segurança pública, como bem marcado por Bernardo Segundo e Pedra (2012, p. 60), geralmente resultam no aumento de restrições a Direitos Fundamentais, numa relação direta de eficácia e custo de sua implementação em relação às liberdades individuais.

Prosseguem os autores afirmando que as restrições diretas aos direitos individuais, num primeiro momento, obtêm sucesso em seus objetivos que focam na redução ou extinção de práticas criminosas, porém, no médio prazo, mostram-se incapazes de impedir que a massa criminosa continue a delinquir pela via do desenvolvimento de novas técnicas voltadas ao cometimento de ilícitos.

No mesmo sentido, entendendo que o denominado Direito Fundamental à segurança pública, apesar de ter a finalidade de proteção social contra a violência, termina por rejeitar a liberdade como elemento fundamental do Estado, atribui àquele Direito um papel de extrema relevância em detrimento deste valor (BOLDT; ADEODATO, 2018, p. 2802).

Os líderes e gerentes de Orcrims possuem perfil de liderança persuasiva e negativa, influenciando diretamente no microssistema penal e nas ações criminosas ocorridas sob o seu comando. O dano econômico efetivado é menor que o dano sociocultural,

pois promove o descrédito do Estado enquanto monopolista da violência legal, além de um desarranjo social de larga escala, em particular nas áreas mantidas ao arremio do Poder Público.

O fato é que não existe possibilidade alguma de ressocialização enquanto não houver uma seleção, com rigorosa triagem, de pessoas encarceradas e sua divisão por crimes violentos ou não, personalidade e participação em Ocrims.

5.4 O MÉTODO ALEXIANO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS E COLISÕES ENTRE NORMAS

A Constituição de 1988 incluiu na vida jurídica do país um amplo leque de Direitos Fundamentais que se organizavam, anteriormente, como Direitos Humanos no viés de dimensões, aliado a um Ministério Público com poderes efetivos de proteção à sociedade e ao Poder Judiciário estruturalmente mais forte, o que contribuiu vertiginosamente para a discussão judicial destes novos direitos.

O reconhecimento de tais direitos na vida do cidadão, com frequência conduz à necessidade de judicialização para a garantia deles, o que, via de regra, resulta em colisão ou conflito entre tais direitos, que deverão ser solucionados pelo Judiciário.

Nas últimas décadas, inegavelmente, a Constituição é percebida como um sistema aberto de princípios e regras que absorvem valores jurídicos suprapositivos, na qual ideais de justiça e implementação de Direitos Fundamentais se encontram em sua base. Essa nova visão constitucional se deve às expressivas contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy (BARROSO, 1996, p. 351).

Nunes Junior (2009, p. 228), nesta mesma linha, a percebe como um sistema aberto de princípios e regras que conferem direitos subjetivos aos cidadãos, conformam a atuação e a própria estrutura do Estado, que os reconhece com claros objetivos protetivos aos cidadãos enquanto seres humanos, nas diversas dimensões de liberdade, contemplando direitos e garantias individuais, abrangendo direitos sociais, econômicos, culturais e de solidariedade na medida de sua existência enquanto pessoa.

Os critérios de generalidade e também abstração eram as bases que formavam a estrutura metodológica jurídica tradicional na diferenciação de regras e princípios, sem valorizar qualquer aspecto qualitativo.

Segundo Bobbio (2003, p. 81), princípios seriam normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, ou seja, as normas mais gerais. Os princípios gerais, por serem regras não positivadas, atuando na criação e interligação de outras normas, tinham um papel de mandamentos de apoio ao direito, ou nas palavras de Reale (2001, p. 286), eram enunciações do tipo normativo, de valor eminentemente genérico, permitindo um melhor entendimento do ordenamento jurídico, seja para sua aplicação ou integração, ou para a elaboração de normas.

Em termos gramaticais, a expressão “princípio constitucional” transmite a ideia de mandamento maior, ou seja, centro do ordenamento jurídico-constitucional. Quaisquer normas que a eles contrariem violam a Constituição e, por conseguinte, são inconstitucionais, devendo ser extirpadas do mundo jurídico.

Ocorre que tais princípios possuem força vinculante; são marcos indicativos das atividades judiciais, devendo sua interpretação e integração ou aplicação da lei ao caso concreto a eles se alinharem.

Na visão de Espíndola (2006, p. 53), a própria ideia de princípio, ou mesmo a sua conceituação, aponta para um sistema estruturado de ideias guiadas por um caminho unidirecional, o mais amplo possível, que constrói um agrupamento de conceitos numa baliza normativa. Tais ideais terminam por se subordinar a esta célula mater. Informam e conformam a atividade legislativa e a administração pública em geral, sendo de observância obrigatória, sob pena de invalidade.

Humberto Ávila (2019, p. 57) aduz que as decisões não são determinadas por princípios, porém contêm seus fundamentos em maior ou menor escala, os quais se agregam a outros fundamentos de outros princípios.

Os princípios constitucionais possuem natureza múltipla, sendo definidores da forma e estrutura do Estado, disposição do regime político e da caracterização da forma de governo e organização política em geral (CANOTILHO, 2003b, p. 178).

Nesta linha, podem-se identificar quatro tipos de princípios constitucionais: a) os jurídicos fundamentais, incorporados pelas relações jurídicas no tempo e incluídos explícita ou implicitamente nas atuais Constituições; b) os políticos constitucionalmente conformadores, que são os que sustentam o eixo político das Constituições, atuando como limites aos poderes revisionais; c) os mandatários, com a imposição aos órgãos do Estado, inclusive ao legislador, de regras políticas e legislativas, para a realização dos fins; e d) outros princípios, que atuam e instituem garantias aos cidadãos (DOBRIANSKYJ, 2009, p. 16).

Num esforço de síntese, poder-se-ia reduzir a classificação apontada em apenas três subdivisões:

- a) princípios que informam as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição;
- b) princípios jurídicos constitucionais que conformam a ordem jurídica constitucional;
- c) princípios institucionais que regem a normatização das instituições constitucionais.

Em contrariedade e considerando a existência de apenas dois tipos de princípios constitucionais: os inferidos, implícitos no texto constitucional, ou seja, não constam formalmente; e os prescritivos, que, diversamente, são explícitos no conteúdo constitucional (FERREIRA FILHO, 2006, p. 391).

No atual modelo constitucional, os princípios se apresentam como balizadores do universo das normas jurídicas, atuando diretamente na sua consolidação e interpretação, com foco primordial nos Direitos Fundamentais, sejam implícitos ou

explícitos. Atuam, ainda, no ordenamento jurídico como um todo. Trata-se de um sistema de garantias à sociedade contra os desmandos estatais.

Assim, na temática desenvolvida no presente trabalho, acerca da colisão entre princípios constitucionais, sejam implícitos ou explícitos, a restrição de qualquer Direito Fundamental nesta área deve ser criteriosamente analisada, sob pena de ausência de justificação de tal restrição, ou de flagrante inconstitucionalidade (BORGES, 2007, p. 12).

Para o aprofundamento das referidas colisões, faz-se necessário abordar o conceito de normas. Este conceito e sua divisão em regras e princípios foram elaborados em 1976 por Ronald Dworkin, quando da publicação do artigo “O modelo das regras”, e posteriormente aprofundados no livro *Levando os direitos a sério*, publicado em 1977.

A particular diferença entre regras e princípios se assenta na dimensão de validade. No tocante a regras, estas são aplicadas na condição do *tudo ou nada*, ou seja, as regras têm sua validade para determinado caso concreto, tendo aplicação integral; em caso de invalidade, não são aplicadas. Deduz-se que no conflito específico entre regras somente uma será válida, ou seja, a outra será inválida.

Diversamente, os princípios não possuem essa dimensão expressa de validade, mas uma dimensão de peso, que, na prática, se traduz pelo reconhecimento de importância. Em caso de colisão de princípios, impõe-se o de maior relevância no caso concreto, com a característica de não implicar a invalidade do outro. Em caso de colisão, aquele princípio, momentaneamente afastado, poderá ter maior importância que o outro (DWORKIN, 2002, p. 35-46).

No mesmo sentido, a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas é fundamentalmente de natureza lógica. As regras são aplicáveis integralmente ou são descartadas. Os princípios, diversamente, não possuem viés de decisão, contendo basicamente fundamentos que devem ser sopesados com outros princípios para a tomada de decisão justa (PACHECO, 2007, p. 47).

Parece haver aceitação da maioria da doutrina de que a visão teórica proposta por Dworkin tem o mérito de ressaltar, de maneira inequívoca, a distinção entre princípios e regras. Princípio é um padrão a ser observado, um fluxo de ideias oriundas do meio sociojurídico, não tendo viés de asseguramento de vantagens de qualquer natureza, sendo lídima expressão de justiça e moralidade social (DWORKIN, 2002, p. 36-38).

A Teoria de Dworkin serviu de base para a construção de outras teorias, como a de Robert Alexy, este se apropriando de estudos daquele, mas aprofundando-os em outros aspectos.

Os estudos de Alexy em relação aos princípios partem de um pressuposto de que um princípio pode ser um mandamento nuclear do sistema, como pode também não o ser, já que uma norma se caracteriza como um princípio em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade (SILVA, 2002, p. 4-6).

Neste enfoque, a teoria de Robert Alexy teve como base a jurisprudência alemã, com o uso da ponderação e do princípio da proporcionalidade como rota jurídica de resolução para as colisões entre princípios que versam sobre Direitos Fundamentais, sendo utilizada no Brasil pelo STF e por boa parte da doutrina.

Em privilegiada síntese, o ponto fulcral desta teoria se ocupa da busca de uma base teórica para eventuais restrições ou limites à garantia de Direitos Fundamentais. Logo, trata-se de uma teoria balizadora dos estreitos limites em que qualquer restrição de direitos ocorre, e seus aplicadores procuram as melhores argumentações para sustentar decisões que implicarão a restrição de Direitos Fundamentais de uma das partes colidentes (BUSSINGUER, 2014, p. 109).

Apresentando a máxima da proporcionalidade, visto que discorda de denominá-la de princípio da proporcionalidade, numa visão eminentemente do TCFA, Alexy busca métodos racionais para a solução de conflitos, nos quais a referida máxima é subdividida em três fases, a saber: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Alexy sustenta forte conexão entre Direito e moral, argumentando que o magistrado ao julgar deve buscar elementos na moral, numa moral justificante, para alicerçar o seu entendimento de que se trata de uma moral correta, não devendo basear-se somente no direito posto (SOARES; LIMA, 2012, p. 4).

A aceitação doutrinária de que princípios e regras são espécies do gênero norma conduz a uma nova problemática quando dois princípios constitucionais, sem hierarquia entre si, se apresentam em estado de colisão por sustentarem, parcial ou totalmente, direitos antagônicos. Inúmeros exemplos podem servir para a análise de tal situação hipotética, entre eles os apresentados neste trabalho, quais sejam: o Direito Fundamental de integração social da pessoa presa, componente de Ocrim, *versus* o Direito à segurança pública.

Na busca da resolução dessa questão posta à filosofia do direito contemporâneo, Alexy (2017, p. 93-96) observa que a ponderação atua como base para a resolução de eventuais colisões de princípios, mantendo intacta sua normatividade sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Ambos os princípios se mantêm incólumes, sendo apenas um afastado no caso concreto.

Na concepção de Alexy, princípios são mandados de otimização em relação a um valor, que exigem o atendimento do princípio no maior grau possível, no contexto fático-jurídico, o que difere de normas dotadas de peso, como preconizado por Dworkin.

Em explicação do modelo jurídico de Alexy, Sobrevilla (1996) anota:

Robert Alexy planteó inicialmente un modelo jurídico de reglas y principios en su artículo «Zum Begriff des Rechtsprinzips», en el que comentaba y criticaba la distinción entre reglas y principios de Ronald Dworkin y, a la vez, la tomaba como punto de partida para su propia teoría. Desarrolló el modelo jurídico de reglas y principios en su libro *Theorie der Grundrechte*², que fue su trabajo de habilitación. Posteriormente, Alexy ha ampliado su modelo a uno de reglas/principios/procedimientos en su artículo de 1987 «Rechtssystem und praktische Vernunft»³ y en el de 1991 «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems». (SOBREVILLA, 1996, p. 97).

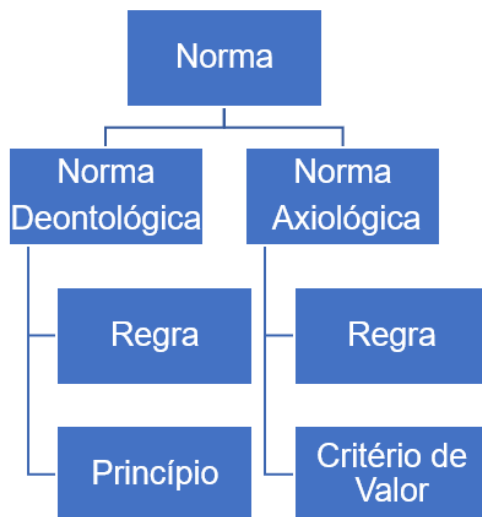
Dworkin trouxe ao mundo jurídico a existência da subdivisão das normas, num enfoque filosófico. Não se pode dissociar Dworkin de Alexy; este se baseou na

estrutura lógica daquele; já Alexy imprimiu um tratamento técnico-jurídico e de base racional, ofertando a clássica definição de princípios como mandamentos de otimização e regras como mandamentos definitivos (TOLEDO, 2017, p. 11).

A criação da estrutura dos princípios não se deve a Alexy, mas sim a racionalização do seu tratamento em caso de colisão ou na construção do processo de ponderação (via pesos), atuando de forma a equilibrar a distribuição da justiça na definição, no caso concreto, da relevância de um deles em relação ao outro.

A distinção rigorosa entre normas das espécies regras e princípios não faz parte da média do pensamento não acadêmico dos juristas, havendo a premente necessidade do estabelecimento de um conceito técnico de princípio na atual ciência do direito. Duas são as teorias mais importantes sobre o tema na atualidade: a concepção deontológica de Dworkin e a concepção axiológica de Alexy (COSTA, 2008, p. 153). A apresentação de fluxograma explica a diferença estrutural entre normas e princípios:

Figura 2 – Fluxograma normas e princípios.



Fonte: adaptado de Sobrevilla (1996, p. 105).

Alexy entende que as regras se colocam como deveres definitivos, devendo ser aplicadas por subsunção, balizando o que deve ser feito. São mandamentos definitivos: ou se cumprem ou se descartam. Os princípios, diferentemente, são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na

maior abrangência possível, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, princípios, enquanto normas que são, apresentam-se como deveres *prima facie*, somente se tornando definitivos após a análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 2017, p. 90-108).

Princípios, por definição conceitual, possuem elevado grau de generalidade e uma abstração quase utópica quando comparados à generalidade e à abstração das regras. Torna-se trivial associar-se regras a eventos, aferindo-se o cumprimento ou não de tal mandamento; diversamente, no caso de princípios, busca-se uma maximização em geral e a mínima restrição possível em caso de sopesamento.

Na estrutura das normas de Direitos Fundamentais, em relação a diferenças entre regras e princípios, existem três teses diversas:

- a) a primeira, tendo em vista a diversidade, não teria a possibilidade de promover tal divisão entre regras e princípios;
- b) a segunda corrente afirma que poderiam existir distinções relevantes entre regras e princípios, mas somente de grau;
- c) a terceira sustenta que normas podem se dividir em regras e princípios, porém a diferença não é somente de grau, e sim também qualitativa.

Para Alexy (2017, p. 90), a terceira tese é a correta, porque melhor explica a divisão entre normas-regras e normas-princípios, apresentando um critério qualitativo que permite distinguir, com alto grau de precisão, as regras e os princípios, e também a existência dos mandados de otimização.

Nessas distinções, Ávila (2019, p. 109) aponta as seguintes diferenças entre regras e princípios: a) pela natureza normativa, as regras descrevem objetos determináveis tais como sujeitos, condutas e efeitos jurídicos, e os princípios descrevem um estado ideal de coisas a serem promovidas; b) pela natureza de justificação, as regras exigem similitude entre a descrição normativa e os atos praticados, e os princípios exigem uma correlação entre os efeitos da conduta e o estado das coisas a ser promovido; c)

pela natureza da contribuição para resolução dos problemas, existe decidibilidade nas normas e complementaridade nos princípios.

O autor assegura que as regras e princípios não possuem as mesmas propriedades, e sim qualidades diversas, ou seja, aquelas ditam deveres definitivos e são submetidas à subsunção, e estas estipulam deveres provisórios aplicáveis mediante ponderação e sopesamento concreto (ÁVILA, 2019, p. 109).

As determinações de otimização contidas nos princípios, na forma da Teoria de Alexy, que ordenam o seu cumprimento na maior extensão possível, apenas dentro das balizas fáticas e jurídicas, num específico caso, apontam para o princípio da proporcionalidade (GUERRA FILHO; CANTARINI, 2017, *online*).

No caso das regras, o seu descumprimento somente ocorre por invalidade ou introdução de cláusula de exceção, o que não ocorre com os princípios que, apesar da ponderação, mantêm a sua condição de validade inalterada.

Várias são as diferenças observadas por Canotilho (2003a, p. 167-168) em relação a princípios e regras, no sentido de ordem qualitativa. Princípios são espécie de normas jurídicas com peso impositivo em relação a otimizações, em graus diversos diante das condições fáticas e jurídicas. Já regras possuem caráter somente impositivo, ou seja, permitem ou não permitem determinado fato, podendo-se concluir que princípios são colidentes e normas, excludentes.

Para Peixoto (2015, p. 74), princípios têm caráter *prima facie* bastante ressaltados, introjetando elevado grau de superabilidade em relação a princípios opostos em casos concretos; já regras possuem menor grau de superabilidade em convergência eminentemente excepcional.

Perfil marcante e distintivo entre regras e princípios é a relatividade destes, não existindo princípio dotado de pretensão de acatamento mandatório em qualquer situação, pois, nesta hipótese, a obediência unilateral e irrestrita a uma pauta valorativa termina por infringir outra, por exemplo, coletiva. Pode-se dizer de uma necessidade lógica, e até axiológica, da postulação um “princípio de relatividade”

(*Verhältnismässigkeitsprinzip*), identificado como princípio da proporcionalidade, para que se possam respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir, quando se opera concretamente com o Direito (BALICO, 2008, p. 108).

Nesta ótica, não existe, atualmente, espaço para outra classificação de princípios e regras diferente de subdivisão das normas, independentemente do conceito sustentado por Alexy. Por sua vez, o caráter *prima facie* se apresenta tanto nos princípios como nas regras, com maior relevância nos princípios, pois regras contêm comandos concretos, e princípios apontam um estado ideal (quase utópico) de coisas (BUSTAMANTE, 2008, p. 255).

Não restam dúvidas, sob a lógica dos autores referidos, que normas são subdivididas em regras e princípios. As regras têm como ponto marcante a subsunção a determinado fato. Em caso de conflito, uma delas, mandatoriamente, se invalidará, após a aplicação dos critérios de hierarquia (superior precede inferior), anterioridade (posterior anula anterior) e especialidade (especial se sobrepõe a geral).

Exemplo clássico pode ser apontado na colisão entre o princípio da liberdade de expressão e a privacidade, quando o primeiro possui menor peso que o segundo, exceto em se tratando de figuras públicas, que, por força de cargo ou exposição, abriam mão da privacidade concedida ao homem médio e anônimo e consentem, implicitamente, na cessão de grande parte de sua privacidade ao público.

Nos cumprimentos das regras associa-se a um fato específico uma consequência jurídica objetiva; no caso de princípios, estes buscam uma conformação jurídica visando ao melhor e à mais abrangente proteção ao valor intrínseco que o informa. Mesmo se considerando que, no exemplo anterior, os princípios da liberdade de expressão e privacidade são mandados de otimização, e em existindo inúmeras hipóteses de possíveis interpretações para atendimento àqueles mandados, a solução de eventual colisão perpassa pelo maior atendimento possível a ambos, a garantir maior amplitude de liberdade e privacidade, no caso concreto, não podendo haver qualquer anulação.

Com razão Bustamante (2008, p. 255-256) quando aponta a concretude vinculada às regras, na modalidade mandatária, ou a introdução das regras de exceção que as flexibilizam. Por outro lado, os princípios, por sua amplitude e possibilidade de interpretações, tendem, como mandados de otimização que são, ao atendimento em máxima escala dos Direitos Fundamentais, nas condições fático-jurídicas.

As normas, logo princípios e regras, no âmbito deôntico, carregam determinações, vedações ou autorizações que se encaixam no sentido do dever-ser. No caso das regras, seu cumprimento se liga a um fato específico nela previsto e à sanção jurídica associada. Neste caso, não se perquirem quaisquer outras valorações, diversamente dos princípios, que admitem novas considerações e interpretações. Princípios e regras são razões para juízos concretos de dever-ser, podendo, ainda, ser diferenciados por meio do grau de generalidade e determinabilidade dos casos de aplicação.

Alexy (2017, p. 140-144) ressalta marcadas distinções em relação a graus de cumprimento. Em caso de princípios é exigida, do ponto de vista fático-jurídico, a maior abrangência possível de cumprimento; no caso de regras, exige-se apenas uma específica medida no cumprimento. Ávila (2019, p. 162) se referiu àquele como dever de adoção de comportamento para a realização de um estado de coisas.

A lógica mandamental de princípios externada pelos mandados de otimização se baliza no exato limite fático, externando a realidade do possível, associada aos limites jurídicos. Ambos delimitam a possibilidade de sopesamento dos princípios em colisão (ALEXY, 2017, p. 90-91).

A importância da contribuição de Alexy se fixa na distinção de princípios e regras como possibilidade de análise da estrutura das normas de Direitos Fundamentais. Fica claro que essa distinção se apresenta como base de sua Teoria na fundamentação de tais direitos e solução da problemática referente à dogmática dos Direitos Fundamentais. A ausência dessa distinção inviabilizaria qualquer teoria sobre eventuais restrições e colisões entre direitos; nem mesmo seria possível uma teorização em relação ao enquadramento dos Direitos Fundamentais no sistema jurídico.

Tal importância foi conferida por Alexy (2017, p. 85) ao afirmar que a distinção entre regras e princípios é a mais relevante diferença teórica e estrutural em relação à norma para a sua teoria dos Direitos Fundamentais. Aduz o referido autor que a base da Teoria da fundamentação se encontra em tal distinção no escopo dos Direitos Fundamentais, sendo, indubitavelmente, caminho para a resolução de questões dogmáticas dos Direitos Fundamentais.

É possível extrair-se uma linha de diferença na hermenêutica jurídica entre os conceitos de enunciado normativo e norma. Enunciado normativo é o texto inserto no dispositivo, e norma é a interpretação daquele enunciado. O enunciado se apresenta com o texto legal, e a norma é a síntese obtida pela interpretação do enunciado. Logo, uma vez pertencentes ao gênero normas, suas espécies (regras e princípios) terminam por se afastar da interpretação literal da lei, condicionando a sua melhor caracterização pelo juiz.

O princípio recepciona diferentes medidas de cumprimento alinhadas as já mencionadas possibilidades. Princípios fundamentais, entre os quais os direitos à saúde, à segurança pública e à educação, são limitados pelos cenários político, social, jurídico, e seguramente o econômico.

Guido Zanobini (1958, p. 108) esclarece que todo direito juridicamente garantido é juridicamente limitado, pois a ideia de limite surge do próprio conceito imanente de direito.

Nesta toada, bem observa Peixoto (2015, p. 74-75), que, diferentemente das regras, princípios são *mandamentos de otimização*. Em relação a esse conceito, Alexy sublinha que seu cumprimento pode se dar em diversos graus, dependendo tanto das circunstâncias fáticas como das jurídicas.

Do conjunto da obra alexyana se percebe uma clara correspondência entre princípios e valores, ora no plano deontológico, ora no axiológico, a possibilitar incursões do referido autor no plano de análise conceitual da norma.

Tal relação não passou despercebida por Peixoto (2015, p. 74), que aduz existir uma evidente correlação entre prioridade de princípios e hierarquia de valores. Podem distinguir-se no viés deontológico, em se falando de princípios, e no axiológico, em se tratando de valores, o que resultou numa atividade analítico-conceitual do sistema normativo.

Neste ponto, já não se discute mais a exata distinção das normas segundo Alexy, ficando assentado que os princípios apontam para a maior realização possível de algo ali definido, podendo ser satisfeito em variados níveis, sendo a sua possibilidade jurídica limitada apenas por outras normas em colisão.

Como não existe hierarquia entre princípios, na presença de colisões entre eles há a necessidade da criação de uma regra de precedência de um sobre o outro, utilizando-se a imposição de pesos e visando à resolução do problema, que irá apresentar seus resultados no plano concreto.

Na visão de Alexy (2017, p. 96), a solução existente para tais colisões requer o estabelecimento de relações de precedência condicionadas entre os princípios, num determinado caso concreto.

Pode haver quatro possibilidades de decisões, em se tratando de princípios colidentes:

- a) o princípio 1 prepondera sobre o princípio 2, ou seja, (P1 P P2), sendo uma relação incondicional e de precedência abstrata;
- b) o princípio 2 prepondera sobre o princípio 1, ou seja, (P2 P P1), sendo uma relação incondicional e de precedência abstrata;
- c) o princípio 1, em determinada condição, prepondera sobre o princípio 2, ou seja, ([P1 P P2] C), sendo uma relação de precedência concreta;
- d) o princípio 2, sob determinada condição, prepondera sobre o princípio 1, ou seja, ([P2 P P1] C), sendo uma relação de precedência concreta.

Alexy estabeleceu, no modelo acima, uma relação de precedências condicionadas e incondicionadas, diante de um caso concreto, projetando condições de precedência de um princípio em relação a outro (ALEXY, 2017, p. 97).

A classificação da norma jurídica, em relação à sua estrutura, que se apresenta como regra ou princípio jurídico, é mandatória para dirimir questões afetas a Direitos Fundamentais.

Nesta linha, diz Alexy:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos Direitos Fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos Direitos Fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a Direitos Fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos Direitos Fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, 2017, p. 85).

A importância nessa diferenciação entre regras e princípios termina sendo uma verdadeira viga central na teoria dos Direitos Fundamentais, permitindo a solução das colisões entre os princípios e a aplicação das regras e suas cláusulas de exceção, no sistema jurídico, viabilizando assim um equilíbrio geral neste sistema; a existência potencial de colisões e conflitos, porém, é inevitável.

A Constituição brasileira, por ter sido moldada após longo tempo de limitações impostas pelo regime autoritário, foi muito abrangente na positivação de Direitos Fundamentais, em particular os sociais. Esta plêiade de direitos muitas vezes colide, na medida em que podem representar, ainda que parcialmente, antagonismos quando de sua aplicação. A implementação de tais direitos exige, por parte do Estado, a conformação de políticas públicas, entre as quais se encontra a segurança pública, direito e obrigação de todos, concebida como direito coletivo e, ao mesmo tempo, subjetivo de cada cidadão, sendo dever do Estado fornecê-la de forma satisfatória.

Denomina-se *colisão* o choque entre normas da espécie princípio, e *conflito* a contradição entre regras. Naturalmente, seja nas colisões ou nos conflitos, o elo comum é que, se aplicadas quaisquer delas, simultaneamente, conduzem a

resultados díspares, ou seja, um dever-ser contraditório. Cada espécie possui sua solução individual de resolução do conflito (ALEXY, 2017, p. 92).

O que está em colisão são os interesses concretos, não as normas. O conflito entre regras se resolve pelo afastamento de uma delas, segundo os critérios de hierarquia, modernidade e especialidade, e as colisões dos princípios, na ponderação entre eles.

Aduz Araújo (2019, p. 214) que a colisão entre princípios constitucionais visando à efetividade dos Direitos Fundamentais é algo inevitável, e alinhado a Barroso, opina que a autoridade competente, no Legislativo ou no Judiciário, poderá proceder à ponderação dos princípios e dos fatos relevantes a eles relacionados, e não à subsunção do fato a uma regra determinada.

Nesta linha, a ponderação conduzirá a uma inevitável restrição, em maior ou menor escala, de um dos princípios envolvidos, podendo chegar ao afastamento total dele, o que os caracteriza pela restringibilidade e afastabilidade (ÁVILA, 2019, p. 152).

A lógica alexyana sustenta, ainda, que além da declaração da invalidade de uma das regras em conflito (como anteriormente visto), é possível a aplicação de uma cláusula de exceção nestas regras visando que tal conflito seja dirimido.

Em seu mais conhecido exemplo, Alexy aduz:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. (ALEXY, 2017, p. 92).

Nesta técnica de resolução de conflitos, a instituição de uma cláusula de exceção, que na prática excepciona a regra original, ou a invalidade da outra pelos fatores de resolução de antinomias, garante a inflexibilidade dessas regras. A exceção, normalmente, se traduz em carga valorativa em relação à regra-base. Fica claro, no

exemplo dado, que a obrigação de evacuar a sala em caso de incêndio é classificada como cláusula de exceção em relação à normalidade.

Na obra alexyana, as características de solução de conflitos que apontam para invalidade ou cláusula de exceção expõem que tais normas-regras são aplicadas na modalidade subsunção, não havendo possibilidade de qualquer tipo de ponderação, porém o recurso aos critérios de hierarquia, cronologia e especialidade pode, na maioria dos casos, servir de balizador do conflito, da mesma forma que nas antinomias jurídicas.

Em outro exemplo, num conflito direto entre normas que não possuem regras de exceção, Alexy apresenta o conflito direto entre a lei federal e outra estadual que regulamentavam horários de abertura e fechamento diferentes para um mesmo período. Uma delas deve, necessariamente, ser invalidada e retirada do sistema jurídico (ALEXY, 2017, p. 93).

Noutra vertente, a colisão de princípios, estes considerados mandados de otimização, se soluciona sem a declaração de invalidade de nenhum deles. Um deles cede em relação ao outro ora antagônico, na exata medida em que as circunstâncias do caso concreto exigirem. O peso do princípio, naquele caso, tem precedência sobre o outro de menor peso, conduzindo o de menor peso a ceder sua aplicação ao outro (ALEXY, 2017, p. 93-94).

Já na hipótese de colisão entre princípios relativos a Direitos Fundamentais, não existe possibilidade de declaração de invalidade como no caso das regras, nem sequer a possibilidade de introdução de cláusulas de exceção, descartando-se quaisquer relações de precedência mandatória entre eles.

Alexy apontou um único princípio que poderia ser declarado inválido, que seria um hipotético princípio de segregação de raças, a afrontar diretamente o princípio da Dignidade da pessoa humana, mas devido a sua essência atentatória aos seres humanos, poderia ter sua invalidade excepcionalmente declarada (ALEXY, 2017, p. 110).

O exemplo ofertado por Alexy aponta para um caso extremo, de contornos teóricos, pois viola o núcleo central e indissociável do princípio da Dignidade da pessoa humana, não podendo ser aceito como princípio nem, muito menos, como regra.

Alexy apoiou-se nas técnicas de balanceamento construídas pelo TCFA. Sustentou que todos os princípios, em abstrato, detêm a mesma importância, e em caso de colisão entre eles, as condições fáticas e jurídicas do caso concreto devem ser verificadas, para definir-se qual decisão deve prevalecer (CARDOSO, 2016, p. 1).

Identifica-se o uso da técnica de balanceamento no TCFA em meados da segunda metade do século XX, especificamente no caso denominado de “Lüth” (GERMAN LAW ARCHIVE, 1958, p. 198-230), que versava sobre Direitos Fundamentais em conflito.

Trata-se de um caso que, por sua importância, tornou-se um marco no direito constitucional alemão, levando a uma significativa mudança na base científica do conhecimento no Constitucionalismo Moderno.

Uma das partes do caso era Veit Harlan, que iniciou sua carreira na área cinematográfica após o ano de 1933, ou seja, durante a ascensão ao poder de Adolf Hitler, tornando-se cineasta prestigiado e com acesso às hostes nazistas, particularmente por seu acesso ao Ministro Goebbels, então responsável pela propaganda nazista e conselheiro de Hitler.

Naquele período, Harlan, que integrava um seleto grupo de produtores cinematográficos, produziu um filme chamado *Jud Süß* (Judeu Doce), em 1941, de claro caráter antissemita, o qual marcou, indelevelmente, a sua imagem nas hostes nazistas.

Ao final da 2ª Guerra Mundial, junto ao reagrupamento ideológico que separou o comunismo das democracias e a derrocada do regime nazista, as forças aliadas promoveram um intenso movimento de perseguição aos então nazistas, movimento este que recebeu a denominação de “processo de desnazificação”

(*Entnazifizierungsverfahren*), sendo Harlan acusado por duas vezes (NUNES FRITZ, 2019, *online*).

O Tribunal Militar de Guerra, instituído à época, reconheceu a óbvia tendência antissemita do referido filme, assim como a real possibilidade de influenciar a opinião pública em geral, numa inaceitável justificativa das chacinas cometidas contra o povo judeu.

Na instrução processual ficou constatada a intensa participação de Harlan como diretor, roteirista e produtor do filme, comprovando-se a finalidade e os objetivos implícitos, incidindo, portanto, em crime contra a humanidade. Porém, restou inocentado em razão da excludente de culpabilidade do § 52 do Código Penal Alemão: o reconhecimento do suposto estado de coação (NUNES FRITZ, 2019, *online*).

Eric Lüth estava, à época, absolutamente focado na construção de pontes entre os povos alemão e judeu, liderando ações de paz em conjunto com diversos segmentos sociais e o clero.

Como Diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, ao ser informado que Harlan apresentaria seu filme num festival de cinema alemão, em inflamado pronunciamento, exortou exibidores, salas de cinema e teatros a que não o exibissem, e o público a ignorá-lo. Com outros compatriotas, alguns ligados ao judaísmo, iniciou um robusto movimento de boicote ao referido filme. Na verdade, o pano de fundo de tal medida era expor a responsabilidade do cineasta perante a sociedade por seu projeto de apoio ao nazismo, materializado neste filme, exortando o povo germânico a ignorar tal obra.

O movimento capitaneado por Lüth não foi um ato isolado nesta cruzada contra a exibição do filme e da apresentação de Veit Harlan como expoente da arte cinematográfica alemã; quarenta e oito professores da Universidade de Göttingen e o deputado Schmid-Tübingen posicionaram-se no Parlamento em Berlim (*Bundestag*) contra a exibição do filme, condenando moralmente o cineasta (NUNES FRITZ, 2019, *online*).

Em resposta aos atos de Lüth, Harlan, em conjunto com a produtora do filme Domnick-Film-Produktion GmbH e a distribuidora Herzog-Film GmbH, ajuizou ação judicial com pedido de liminar, na comarca de Hamburgo, com a finalidade de proibir Lüth de pressionar cinemas e teatros a não exibir seu filme, e o público a não comparecer. Harlan apoiou-se no art. 826 do Código Civil Alemão, e visava à responsabilização de Lüth, tendo vencido a demanda inicial.

A decisão de 1º grau, conforme anotações de Nunes Fritz (2019, *online*), ressaltando a condenação na instância de piso e determinou que Lüth se abstivesse de promover o boicote, pois entendeu ser ato ilícito e contrário aos bons costumes, conforme tipificação no art. 826 do Código Civil Alemão.

Vencido em primeiro grau, Lüth apelou ao Tribunal Superior e, paralelamente, ajuizou reclamação constitucional para o TCFA, sob o argumento de violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão, garantido pelo art. 5, I, 1, da Constituição Alemã.

Em alinhamento à sentença de 1º grau, o Tribunal de Justiça de Hamburgo (OLG Hamburg) confirmou a sentença de piso e acresceu que a conduta de Lüth violava o núcleo da personalidade artística de Harlan, bem como a Dignidade Humana do artista, configurando ofensa aos bons costumes. Mais uma vez inconformado, Lüth ajuizou queixa constitucional ao TCFA (*Bundesverfassungsgericht*).

Em julgamento pelo TCFA, a reclamação foi considerada procedente, revogando as decisões de pisos inferiores e pautando-se pelos seguintes argumentos: a) na existência do Direito Fundamental do autor em se manifestar publicamente sobre a obra; b) que o Direito Fundamental à livre opinião é um Direito Humano essencial; c) o confronto de ideias é uma expressão da democracia, conforme consta na decisão proferida (NUNES FRITZ, 2019, *online*).

Na mesma linha, Marmelstein (2008, *online*) sustenta que Lüth visava a um interesse fundamental do povo alemão, não violara nenhum costume, nem buscava ganho material com sua conduta. A postura de Lüth visava impedir que Harlan apresentasse ao povo alemão mensagem de cunho nazista, veiculada pelo filme, como lídimo

representante da classe cinematográfica, o que poderia ser entendido como sinal de continuidade daquele nefasto período de perseguição ao povo judeu.

O Tribunal entendeu, ainda, que existia um interesse mandatório de tornar claro para os demais povos que os alemães condenavam aquelas atitudes hediondas e que suas convicções a ela não se alinhavam.

Na visão de Nunes Fritz (2019, *online*), existiu uma decisão equivocada do OLG Hamburg de censurar Lüth por ter convocado boicote à exibição do referido filme, já que a exortação ao público para não assistir à película resulta, por si só, da emissão do juízo de valor contra o retorno de Harlan à área cinematográfica.

A sentença BVerf 7 198 (GERMAN LAW ARCHIVE, 1958, *online*) aduz que:

- a) os Direitos Fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, as normas de Direito Fundamental incorporam-se também a um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do Direito como uma fundamental decisão constitucional;
- b) no Direito Civil, o conteúdo jurídico dos Direitos Fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por meio de normas de Direito Privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pelas vias das cláusulas gerais;
- c) o juiz de Varas Cíveis pode, por meio de sua decisão, violar Direitos Fundamentais (§ 90 BV erf GG) quando ignorar a influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Civil. O TCFA revisa decisões cíveis somente no que tange a tais violações de Direitos Fundamentais, mas não no que tange a erros jurídicos em geral;
- d) as normas do Direito Civil também podem ser “leis gerais” na acepção do art. 5, II GG e, destarte, limitar o Direito Fundamental à liberdade de expressão do pensamento;

- e) as “leis gerais” devem ser interpretadas à luz do significado especial do Direito Fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático;
- f) o Direito Fundamental do art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão;
- g) uma expressão do pensamento que contenha uma decisão ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede de ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da expressão de pensamento.

A referida decisão da Corte Constitucional Alemã no caso Lüth pavimentou o modelo de princípios e seu sopesamento, introduzindo sua aplicação metodológica, sem invalidade de nenhum deles, e definindo que Direitos Fundamentais são expressões de valor objetivo e não somente direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado, sendo aplicáveis *erga omnes*.

Demonstrou, ainda, a aplicabilidade de Direitos Fundamentais às relações de cunho privado, num desdobramento com eficácia horizontal, e mais, apontou que direitos individuais são garantidos por Direitos Fundamentais. Neste exemplo ficou demonstrado o quanto é indispensável a atuação estatal para a proteção das eficácias vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais.

Neste julgamento, Cardoso (2016, p. 145) afirma que foram assentados pelo TFCA dois postulados: a) os Direitos Fundamentais possuem eficácia horizontal e irradiam seus efeitos por toda a legislação ordinária, inclusive entre particulares; b) a ponderação é um método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais e a estrutura de princípios acham-se em colisão.

Reveste-se de relevância a observação de que, neste caso, o resultado da colisão entre os dois princípios referidos ocasionou uma regra específica, que se materializa

nas relações jurídicas impostas pelo princípio prevalecente, sempre, no caso concreto e nas condições fáticas.

Apresenta-se, então, a denominada lei de colisão, definida por Alexy (2017, p. 99) como um conjunto de condições nas quais um princípio tem precedência em face de outro, constituindo a base fática de determinada regra, esta expressando a consequência jurídica daquele que tem precedência.

Nesta ótica, Alexy (2017, p. 167) também cria a lei da ponderação (resultado de estudos da jurisprudência do TCFA), destinada a ponderar princípios, demonstrando que quanto maior é o grau de insatisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro.

Como visto, a ponderação termina por ser uma exigência da “lei de colisão”, descrita acima, que não aceita restrições de Direitos Fundamentais sem a adoção de um método racional.

Alexy (2017, p. 94-95) traz mais dois exemplos. A análise do primeiro serve para uma nítida e racional compreensão da estruturação de problemas envolvendo colisões, que se resumirá numa lei de colisão; o segundo permite um aprofundamento dessa compreensão e sua condução a um critério do resultado do sopesamento como uma norma de Direito Fundamental a ele atribuída.

No primeiro caso, discutia-se a realização de uma audiência penal, na modalidade presencial oral, que poderia expor o acusado a perigo de vida, existindo uma colisão entre o princípio da aplicação do direito penal P1 (com a obrigação de comparecimento) e o princípio de proteção do direito à integridade do acusado P2 (que restringia a audiência).

No caso concreto, o entendimento da Corte Constitucional foi pela precedência do princípio da proteção à integridade em relação ao princípio da aplicação do direito penal. Na visão de Alexy (2017, p. 98), ante a existência de perigo concreto, da perda da vida ou dano à integridade física do acusado por força de sua participação em

audiência judicial, a exigência da presença física lesiona Direito Fundamental do réu, a teor do artigo 2, parágrafo 2, frase 1 da Lei Federal Alemã.

Nesse caso, sua resolução não ocorre na dimensão de validade, mas sim na dimensão de peso, ou seja, ponderam-se interesses opostos no caso concreto (ALEXY, 2017, p. 95).

Num segundo exemplo, o denominado caso *LeBach I* versava sobre crime. Quatro militares destacados em um depósito do Exército foram assassinados e suas armas subtraídas, na cidade de *LeBach*. Após vários anos presos em razão de sentença condenatória, um dos apenados estava prestes a ser libertado quando um Programa da TV alemã (ZDF) veiculou a apresentação do documentário intitulado “O assassinato dos soldados de *LeBach*”.

O detento buscou junto à justiça uma proibição de exibição do programa, sustentando que o seu direito individual à personalidade seria violado e inviabilizaria a sua ressocialização. O TCFA decidiu, no caso concreto, que, diante das circunstâncias fático-jurídicas, o princípio da proteção da personalidade, Direito Fundamental individual, tem maior peso em relação ao princípio da liberdade de informação, de índole coletiva (ALEXY, 2017, p. 100).

Mais de vinte anos depois de ocorrido o julgamento do caso *Lebach I*, outro canal de TV alemão (SAT 1) resolveu ressuscitar o episódio (*Lebach II – BverfGE 1 348/98*), mesmo existindo uma decisão desfavorável do TCFA, e produzir documentários sobre crimes, entre eles o referido caso.

De modo diverso, a TV SAT 1 alterou a identificação e os nomes dos envolvidos bem como não exibiu suas imagens. Além disso, há comentários explicativos do ex-chefe de Polícia de Munique (RODRIGUES JUNIOR, 2013, *online*). Um dos envolvidos no crime processou o canal de televisão, visando impedir que o documentário fosse ao ar, tendo obtido êxito nas instâncias inferiores. Desta vez, a TV impetrou reclamação constitucional e obteve sucesso, conforme destacado por Ingo Sarlet (2015c, *online*).

O TCFA, contrariamente ao decidido no caso Lebach I, decidiu favoravelmente à liberdade de imprensa da emissora, sob os seguintes fundamentos: a) que não existia dano à ressocialização do apenado, passados trinta anos do cometimento do crime, entendendo prevalecer a liberdade de expressão; b) que a proibição a um programa é sempre uma forte violação ao Direito Fundamental (RODRIGUES JUNIOR, 2013, *online*).

Ficou, ainda, evidenciado na referida decisão que o Direito à privacidade não é absoluto, até porque reabilitação não se amolda com esquecimento do fato, pois o cumprimento da pena não impede que terceiros possam se manifestar sobre o ocorrido, apenas reconhecendo o Estado o cumprimento de sentença imposta.

No caso Lebach I, conforme explanado, existia, à época, a possibilidade de lesão permanente à personalidade, já que a imagem dos criminosos seria exposta ao público, além da própria questão da contemporaneidade do crime.

Fator relevante se revelou no diferencial entre as propostas contidas no caso Lebach I, pois existia um caráter nitidamente sensacionalista, e no Lebach II, que apresentava os fatos com características históricas e sem a exposição direta dos autores.

No caso Lebach II, o TCFA por meio da ponderação entre os dois princípios em colisão, o direito à liberdade de radiodifusão e o direito à preservação da imagem, sopesou, no caso concreto, que a imagem do envolvido não seria divulgada, além de o fato ter ocorrido há trinta anos, ou seja, havia uma geração que nem sequer teve notícia de tal crime. Além disso, o envolvido não tem direito expresso a ser “esquecido”, bem como não houve exploração midiática do fato, no viés sensacionalista.

Novamente, a ponderação se apresentou como fator decisório entre princípios colidentes. As particularidades de cada caso foram determinantes para a definição e o ajustamento dos critérios que promoveram as conclusões de qual princípio teve, naquela hipótese, maior peso que outro, ao que, repita-se, Alexy denominou de lei da colisão.

As colisões de Direitos Fundamentais podem ser compreendidas estrita ou amplamente – aquela, quando da ocorrência de colisões envolvendo apenas Direitos Fundamentais, e esta na ocorrência de colisões de Direitos Fundamentais com quaisquer outras normas ou princípios que tenham como objeto bens coletivos em geral (ALEXY, 1999, p. 68-70).

No sentido estrito, ocorrem no exercício ou na possibilidade de realização de Direito Fundamental que gere consequências negativas em relação a Direito Fundamental de terceiro, podendo ser exemplificado pelo conflito constante entre liberdade de expressão e direito à privacidade.

Podem ser subdivididos em colisões de Direitos Fundamentais idênticos ou diferentes, sendo aqueles em quatro tipos:

- a) quando ambas as partes são afetadas em relação ao mesmo Direito Fundamental, estando ambas do mesmo lado, tendo como exemplo clássico a discussão sobre direito de reunião pública num mesmo lugar e horário pleiteado pelas duas partes;
- b) quando duas partes são afetadas mutuamente em relação ao mesmo Direito Fundamental, uma na modalidade de direito de defesa e outra na modalidade de proteção, como, por exemplo, na intervenção policial que mata sequestrador visando à incolumidade física do refém. Ou seja, conflitam o direito à vida do sequestrador e do refém, envolvendo também o dever de proteção de caráter coletivo;
- c) quando surgem conflitos tendo em vista o lado positivo e o negativo de determinado direito, como no exemplo clássico das religiões ou crenças, ou seja, na prática ou não de particular crença ou até mesmo na fixação obrigatória de símbolos religiosos nas escolas;
- d) quando da existência de conflito entre o lado jurídico e o fático do mesmo direito, bem representado na gratuidade da justiça no viés formal e material, em determinada condição fática.

As colisões, em sentido amplo, de Direitos Fundamentais ocorrem quando do exercício de Direito Fundamental que possa produzir consequências negativas a bens coletivos, tendo como exemplo o dever legal da indústria de tabaco de inserir advertências em relação a riscos potenciais à saúde em seus produtos¹⁰. *Prima facie*, tal inserção obrigatória se revelaria como intervenção na liberdade de exercício profissional da classe produtora, logo com características de Direito Fundamental, porém aquela intervenção se justifica no âmbito maior de proteção da população diante dos conhecidos riscos à saúde pública, esta, obviamente, um bem coletivo, e mais, protegendo-se, no todo, também, o Direito Fundamental individual à vida e à saúde.

No Brasil, outro exemplo de colisão entre Direitos Fundamentais em sentido amplo foi observado no julgamento da ADPF nº 101/DF, ajuizado pela Presidência da República, ocorrido em 24/6/2009, sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia.

A referida ADPF analisou a constitucionalidade de inúmeros atos normativos proibindo a importação de pneus usados, tendo concluído por sua constitucionalidade, reconhecendo que tais atos de importação autorizados com amparo em medidas judiciais afrontavam o direito à saúde (bem coletivo) e o meio ambiente equilibrado (bem coletivo) em contraposição ao direito da livre-iniciativa, este também, claramente, um Direito Fundamental.

Ressaltou, em extenso voto, que a questão examinada feria os Direitos Fundamentais constitucionais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que visam a um desenvolvimento econômico sustentável, entendendo, ainda, que os princípios da livre-iniciativa e comércio devem se atrelar ao desenvolvimento social saudável. Identificou uma evidente colisão de princípios na vertente de proteção aos Direitos Fundamentais à saúde e ao meio ambiente *versus* o desenvolvimento econômico sustentável na visão dos arguidos, no qual se abrigaria a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizados por várias empresas que teriam capacidade de gerar empregos na cadeia produtiva (STF, 2009, p. 41).

¹⁰ Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006.

Socorreu-se da Convenção da Basileia, que em seu preâmbulo reconheceu que a proteção à saúde humana e ao meio ambiente, em relação a resíduos perigosos, estaria vinculada à sua drástica redução ao mínimo possível, devendo os Estados soberanos proibir a entrada deles em seus territórios.

A proibição ou a autorização da importação de pneus usados deve se dar em consonância com os princípios constitucionais vigentes, independentemente do fato de ser questão complexa envolvendo empresas que se julgavam com o direito à liberdade de iniciativa e mesmo com reflexo na cadeia produtiva (STF, 2009, p. 88-89).

Prossegue a relatora afirmando que o reconhecimento constitucional do Direito Fundamental à saúde tem eficácia imediata, sendo exigível para a sua correta conformação, e que existe uma relação direta entre saúde e meio ambiente equilibrado. Uma distorção neste certamente causará danos irreparáveis naquele, extensivos a várias gerações. Cabe ao Estado definir, com base nas regras e princípios, os padrões técnicos em todo e qualquer processo produtivo, do início ao término, com a meta de proteção, a mais ampla possível, da saúde pública.

O sopesamento entre o princípio da livre concorrência e da livre-iniciativa e os da saúde e meio ambiente, ao se ponderar todos os argumentos, caso fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a eles, os da saúde e do meio ambiente preponderariam, inclusive com abrangência temporal futura (STF, 2009, p. 118).

Neste caso, observou-se que os Direitos Fundamentais à saúde e ao meio ambiente se encontravam em colisão direta com os princípios da livre-iniciativa e da liberdade de comércio. No deslinde da ADPF incluíram-se inúmeras decisões judiciais que contrariavam leis e regulamentos nacionais e permitiam a importação de pneus usados para fins de reciclagem em território brasileiro.

A racionalidade que suportou o voto da Ministra foi obtida a partir de pesquisas e análises de tratados externos, da legislação pátria, de pareceres de especialistas e, principalmente, nos Direitos Fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Com o desfecho de tão importante lide, foram anuladas as decisões de juízos

inferiores ainda não transitadas e mantidas as resoluções e decretos que proibiam a importação do material referido.

Ficou absolutamente comprovada a violação aos artigos 196 (Direito Fundamental à saúde), 170, *caput* e incisos I e II (Ordem econômica enquanto princípio de asseguração de existência digna), além do 225 (Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), todos da Constituição Federal.

O princípio da proporcionalidade não foi previsto expressamente na Constituição brasileira de 1988, o que foi alvo de acalorada discussão doutrinária, porém, mesmo não havendo menção formal, tal princípio se insere de forma implícita, pois sua imperatividade se impõe em sua lógica construtiva. Na linha da existência deste princípio implícito, Bonavides (2004, p. 434-436) aponta a sua existência no art. 5º, V, X e XXV; no art. 7º, IV, V e XXI; no art. 37, IX; no art. 40, V e no art. 71, VIII, todos da Constituição Federal.

Em complemento, no art. 5º, § 2º, do referido diploma não são excluídos outros direitos e garantias decorrentes do regime, dos princípios adotados e dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Além disso, a própria conformação do Estado de Direito e a unidade constitucional apontam para a existência do princípio da proporcionalidade, implicitamente reconhecido e aceito na doutrina e jurisprudência.

A proporcionalidade, enquanto regra, teve origem no pós-guerra, em meados de 1945, quando a jurisprudência, basicamente no continente europeu, buscou formas de aferir a razoabilidade dos atos do Poder Legislativo, num claro movimento de rompimento com a dogmática da imutabilidade dos atos do legislador da época (COSTA, 2008, p. 168-170).

Segundo o autor, o TCFA havia mais de setenta anos construído a regra da proporcionalidade, aplicando-a em suas decisões (que se tornaram jurisprudência), na busca de uma justeza entre direitos colidentes. De se ressaltar a existência, já naquela época, de um pré-conceito em relação ao tema, abrangendo regras de adequação e necessidade, e utilizado pelo tribunal (COSTA, 2008, p. 168-170).

No período pós-positivista, o princípio da proporcionalidade se apresenta como o mais relevante no exercício e defesa da proteção dos Direitos Fundamentais, estes obtidos com a constitucionalização dos Direitos Humanos num determinado espaço-tempo. Não existe possibilidade de harmonização entre Direitos Fundamentais que não possuem hierarquia sem a aplicação do referido princípio, que Alexy se refere como máxima proporcionalidade, num universo jurídico em que, dada a multiplicidade de princípios, existe uma tendência inequívoca a colisões, sendo a proporcionalidade o único caminho adequado.

O conceito de proporção se alinha, indissoluvelmente, ao do direito, pois a justeza de um direito se encontra entre o meio utilizado e o fim desejado, sendo alvo de constantes avaliações judiciais ou não. É a proporcionalidade um lúdimo instrumento de distribuição de justiça.

Bonavides (2004, p. 398-399) associa o princípio da proporcionalidade às evoluções que redundaram na criação do Estado de Direito, e nesta esteira, a harmonização dentro das regras legais vigentes. Inicialmente percebido apenas no viés do direito positivo e da ótica legal, evoluiu para o constitucionalismo, que elegeu o respeito aos Direitos Fundamentais como centro de gravidade da ordem jurídica, tal a sua importância.

A teoria dos valores utilizada na efetividade dos Direitos Fundamentais, em particular os sociais, implica a criação de área de tensão entre os princípios que serão alvo de valoração dos Direitos Fundamentais não efetivados pelo Estado e levados à apreciação da Justiça.

Nesta área de tensão, Bonavides (2004, p. 587-588) observa na proporcionalidade não somente um critério de contenção do excesso de poder e salvaguarda da liberdade, mas, igualmente, em nível interpretativo, uma forma de controle, com possibilidade efetiva de resolver, no viés conciliatório, problemas ocorridos numa eventual colisão de princípios, particularmente na lógica interpretativa dos Direitos Fundamentais.

Nesta linha, é possível afirmar-se que o afastamento de determinado princípio, no deslinde de caso concreto, por força da ponderação, o mantém hígido, logo, válido no sistema normativo, sendo preservada sua aplicação futura em outros casos. Daí é possível extrair-se uma compreensão ampliada do princípio da proporcionalidade. Se considerarmos que tal princípio deve ser utilizado na ponderação dos princípios empregados na resolução de fatos concretos colidentes, na efetividade dos Direitos Fundamentais sociais e coletivos, tal ponderação se faz mandatória para a implementação, em maior espectro, desses direitos (ARAÚJO, 2019, p. 210).

Alexy entende a proporcionalidade como uma evolução natural da implementação dos Direitos Fundamentais, que se apresentam como princípios e, mandatoriamente, precisam ser realizados na maior amplitude possível, alinhadas às possibilidades fáticas (representadas pelos critérios de adequação e necessidade) e jurídicas (elementos constitutivos da proporcionalidade em sentido estrito).

A proporcionalidade em sentido estrito é o elemento apto a solucionar colisões de Direitos Fundamentais, o que, para Alexy, equivale à sua concepção de mandado de ponderação. Nesta análise, a importância do princípio potencializado, no âmbito do meio escolhido, deve ser de tal grandeza que justifique a amplitude da restrição ao princípio colidente. O referido autor afirma que a ponderação deve ser efetuada com base na atribuição escalonada de grau à intensidade da intervenção no princípio contraposto.

Além disso, necessária se faz a gradação de importância ao fomento do fim visado pelo princípio. Quanto mais alto for o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro, sendo esta a lei da ponderação. Será desarrazoada e desproporcional a limitação que possua grau interventivo superior ao grau de importância (ALEXY, 2017, p. 91-100).

A utilização da terminologia princípio da proporcionalidade não parece adequada para exprimir uma máxima ou axioma, já que tal instituto não possui as características de princípio propriamente dito. A palavra princípio, em termos jurídicos, não é utilizada em único e inequívoco sentido, dando possibilidades de interpretação relacionada a algo de considerável importância ou de uso generalizado. Entre os pontos não aceitos

por Alexy, encontra-se a tendência de apelidar de princípios as regras que contenham características gerais e denominar de princípio da proporcionalidade o que ele chama de máxima da proporcionalidade.

Existem vantagens metodológicas no isolamento dos critérios de adequação e necessidade, sendo possível torná-los equivalentes a testes preliminares com vistas à avaliação de proporcionalidade propriamente dita. Porém, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não oferece nenhuma orientação metodológica adequada além da referência genérica ao ideal de proporcionalidade como parte da ideia de justiça (COSTA, 2008, p. 170).

Nesta senda, Silva (2002, p. 32-33) sustenta que o princípio da proporcionalidade não deve ser considerado como um princípio com base na classificação de Alexy, pois não entra em conflito com outras normas-princípio nem há a produção de efeitos em variadas medidas, já que é aplicado, de forma constante, sem quaisquer variações, tendo, inclusive, Alexy os classificado como regras e os denominado de máxima da proporcionalidade.

Analisada a teoria alexyana, apresenta-se a proposta de ponderação desenvolvida por Jorge Reis Novaes, da Universidade de Lisboa, a permitir uma visão alternativa da questão.

Quanto à observância de limite dos limites, em se tratando de Direitos Fundamentais, na suposição de que podem ser restringidos, Novais (2017, p. 245) entende que existe uma fase final a ser percorrida: o exame da constitucionalidade da restrição proposta e seu grau de adequação ao diploma constitucional.

Nesta sequência lógica, Novais (2017, p. 251) aponta, dentro do escopo da teoria dos Direitos Fundamentais, trunfos sujeitos à reserva geral imanente de ponderação, em três fases: a) delimitação do escopo de proteção do Direito Fundamental e existência de restrição; b) possível justificação da restrição; c) controle da observância do limite dos limites.

O referido autor afirma ser a sua teoria diversa da proposta por Alexy, e para tal apresenta um caso de colisão entre liberdade de imprensa e privacidade, versando sobre a proibição de divulgação de fotos íntimas e a possibilidade da imprensa de publicá-las. Aplicar-se-ia, inicialmente, uma ponderação sobre qual dos direitos deve se sobrepor ao outro. Caso prevaleça a privacidade ou intimidade, fixa-se a cedência do outro, seja por indenização ou por censura de imagens. Após, para a verificação de critérios de proporcionalidade, analisa-se se a medida escolhida é proporcional ou não, passando-se, no terceiro estágio, à checagem de se a restrição terá menor grau de sacrifício em relação ao bem recusado como prevalente (NOVAIS, 2017, p. 251).

Novais (2017, p. 252) expõe que a técnica de aplicação de sua teoria transforma o escopo e os resultados do controle rígido do princípio constitucional da proibição do excesso, rompendo com a forma de controle teste, segundo uma lógica única de verificação linear e sucessiva de aptidão ou adequação, necessidade e proporcionalidade, passando, portanto, a uma lógica comparativa entre medidas restritivas alternativas que verifiquem, de modo amplo, a eficácia específica e a gradação da restrição produzida.

A redução do subjetivismo é alcançada na última fase da teoria, conforme se vê em Novais (2017, p. 252-253), pois a ponderação abandona a relação bem contra bem, estruturando-se em medidas comparativas entre as alternativas postas, visando aferir um menor grau de restrição ao bem descartado como prevalente. Nesta lógica, o resultado da relação obtida poderá se revelar como desproporcional, ou, ao invés, como não desproporcional, quando se comparam incrementos marginais de benefício e sacrifício de duas medidas alternativas.

Para que a ponderação seja realizada com o rigor científico requerido, principalmente por se tratar de intervenção em Direitos Fundamentais, apresenta-se abaixo uma hipótese de cenário de uma possível colisão de princípios, na ótica de Jorge Novais.

Novais analisa as medidas restritivas sob o ponto de vista da aptidão e seu reflexo enquanto sacrifício dos direitos, valorando de 0 a 10, sendo zero nenhuma aptidão ou sacrifício, e dez a total aptidão e alto grau sacrificial. A construção das tabelas deve conter todas as possibilidades restritivas no caso concreto.

Para uma hipotética medida restritiva A poderíamos ter uma aptidão de nível 4 e um sacrifício de nível 7, e para uma medida B, a aptidão seria nível 3 e o sacrifício nível 2.

Então, a medida B se apresenta como menos eficaz que A, porém quando se compara o acréscimo marginal do benefício de A em relação a B, com o aumento do grau de sacrifício de A, verifica-se que em relação à eficácia da medida, o sacrifício se mostra desproporcional. Logo, numa valorização da liberdade num Estado de Direito, a medida A seria inconstitucional, levando-se em conta a proibição do excesso e a magnitude do direito atingido.

Para Araújo (2019, p. 232), efetivamente, a técnica idealizada por Novais dentro da teoria dos Direitos Fundamentais como trunfos retira, ainda que parcialmente, a subjetividade do processo que se encontra presente na Teoria dos princípios de Alexy, mas não promove sua anulação, sendo possível sua agregação visando a uma melhor equalização quanto ao sacrifício ao Direito Fundamental em situação de restrição. Em tese, esta técnica seria uma alternativa para a aferição da colisão entre os Direitos Fundamentais à segurança pública e o da integração social do preso integrante de Orcrim.

Como o escopo do presente trabalho é a análise de dois princípios em colisão sob a ótica de Alexy, optamos por trazer a Teoria de Jorge Novais à cena, como contribuição para outros estudos, mas nos fixaremos no primeiro.

Guerra Filho (2000, p. 202) atribui extrema relevância ao direito constitucional, chegando a afirmar que a proporcionalidade seria uma espécie de norma fundamental do ordenamento jurídico, uma vez que harmoniza princípios colidentes, logo divergentes, sempre viabilizando sua aplicação num contexto fático-jurídico. Atenderia, segundo o autor, à possibilidade de validação não apenas “de cima para baixo”, mas também “de baixo para cima”, considerando-se que a proporcionalidade possui flexibilidade suficiente para dar “um salto hierárquico”, indo do vértice à base da pirâmide legal e validando normas individuais resultantes de decisões de conflitos concretos.

Necessário, porém, a compreensão de que o princípio da proporcionalidade não é uma norma com peso nem, sequer, um mandamento de otimização. É um agrupamento de três critérios distintos que se prestam a estabelecer requisitos objetivos de validade para os atos estatais, sendo esse o motivo por que Alexy recusa o uso do termo princípio da proporcionalidade e propõe o termo máxima de proporcionalidade (COSTA, 2008, p. 153-154).

Na linha da conceituação teórica da proporcionalidade, Silva (2002, p. 23) entende tratar-se de regra interpretativa e de aplicação direta no direito, utilizada em situações nas quais atos do poder público voltados a realizar um Direito Fundamental, individual ou coletivo, promovem a restrição de um ou mais Direitos Fundamentais. Em síntese, a proporcionalidade atua no sentido de evitar que restrições de Direitos Fundamentais sejam desproporcionais.

Silva (2002, p. 35) observa a existência de três correntes relacionadas à estrutura de tal princípio:

- a) de Alexy: nas três subdivisões – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;
- b) de Böckenförde e Schlink: apenas em adequação e necessidade;
- c) da Corte Europeia de Direitos Humanos: em quatro subdivisões – adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir.

Para uma efetiva compreensão e sentido do significado do princípio da proporcionalidade, necessário se faz uma transformação da concepção da ciência jurídica como absolutamente diferente da simples interpretação e utilização de normas jurídicas com a estrutura única de regras (STELZER, 1991, p. 22).

Efetivamente, regras apenas descrevem determinada situação, esta composta de fatos ou de uma espécie deles, porém princípios carregam uma referência direta a

valores. Daí ser possível asseverar que regras sempre se fundamentam em princípios, e estes ficam na dependência da intermediação de regras para a sua concretização.

Com razão Alexy e Costa, pois a jurisprudência alemã denominou de princípio da proporcionalidade apenas uma regra, ainda que complexa, constituída pela combinação de três sub-regras menores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação e a necessidade se mostram como regras, sendo ambas relacionadas ao sistema binário, ou seja, adequado-não adequado e necessário-não necessário, sem possibilidade de nenhum tipo de ponderação, colocando-se como critérios objetivos de metodologia racional e controlada, e a proporcionalidade em sentido estrito como possibilidade de distribuição de justiça por meio da ponderação.

Com base no exemplo apresentado anteriormente em relação à precedência da integridade física *versus* a norma de processo penal alemão, verifica-se que a proporcionalidade atua como suporte a toda a teoria construída por Alexy.

Nesta linha, a máxima da proporcionalidade consiste, intrinsecamente, em se verificar os meios utilizados para a necessária adequação de caso concreto, por meio da ponderação. Na ocorrência de colisão entre Direitos Fundamentais, inicialmente identifica-se a solução do conflito visando à sua adequação. Trata-se da adequação dos meios disponíveis. Posteriormente, passa-se à fase de verificação da necessidade ou exigibilidade do meio escolhido. Finalmente, em não se solucionando o caso com as fases anteriores, proceder-se-á à ponderação (SOARES; LIMA, 2012, p. 3).

Bustamante (2008, p. 274) anota que a máxima da proporcionalidade, em termos metodológicos, é uma estrutura complexa de raciocínio derivado de uma linha de otimização, sendo subdividida em três regras: 1) da adequação, por meio da qual se verifica se o meio escolhido é idôneo a estimular o fim pretendido pelo princípio; 2) da necessidade, quando ultrapassada a adequação, existirem dois meios possíveis de apoiar o princípio fim, deve-se optar pelo meio que menos restrinja o princípio adverso;

3) da proporcionalidade em sentido estrito, no campo da restrição dos princípios ante as possibilidades normativas vigentes.

Em relação às três subdivisões, Bussinguer (2014, p. 114) sustenta que sua aplicação deve obedecer à ordem previamente definida, como aplicação racional e qualitativa da referida teoria. Ressalta ainda que as duas primeiras se referem a condições eminentemente fáticas, e a última, a possibilidades jurídicas.

No viés da adequação, Guerra Filho (2001, p. 153) aduz que as disposições constitucionais e seus fins têm relevante papel nesta análise, devendo ser o meio submetido ao critério da adequabilidade, a fim de atingir o resultado almejado, o que termina por revelar sua conformidade e utilidade à finalidade almejada.

O meio mais adequado aponta para a utilização da forma mais conveniente para a realização do fim proposto, com a ausência de violação dos princípios em análise. Nas palavras de Guerra Filho e Cantarini (2017, *online*), dentro do *faticamente* possível, se tal meio escolhido atinge o fim estabelecido, mostra então adequado.

O próprio Alexy (1998), em palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, afirmou que “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado Direito Fundamental, maiores têm de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”. Na técnica de ponderação existe o sopesamento para a definição racional de qual dos princípios em conflito terá o maior peso no caso concreto.

Ainda na adequação – o primeiro passo da máxima da proporcionalidade – é exigido que a medida seja apta a estimular um princípio, dentro da otimização buscada pela proporcionalidade. É considerado um critério negativo, que não determina tudo, mas que exclui alguma alternativa não adequada (ALEXY, 2017, p. 588-590).

Nesse estágio inicial de aplicação da técnica, a avaliação em curso se refere à pesquisa, a fim de aferir se o meio utilizado estimula ou potencializa a realização do objetivo focado (BUSSINGUER, 2014, p. 115).

Num exemplo julgado pelo TCFA (BVerfGE 7, 377), uma lei da região da Bavária restringia o número de farmácias numa determinada área, condicionando a concessão de novas aberturas à demonstração da viabilidade comercial e à incoerência de desequilíbrio econômico entre os comerciantes.

Um imigrante da antiga Alemanha Oriental, com formação em farmácia, solicitou licença para a abertura de farmácia numa localidade da Baviera, tendo seu pedido negado pelas autoridades administrativas, com base na lei de farmácias local. O referido imigrante recorreu ao TCFA (BVerfG), em sede de reclamação constitucional, visando à decretação da inconstitucionalidade da referida lei e argumentando existir violação ao direito constitucional da livre-iniciativa.

O TCFA decidiu que a limitação imposta à abertura de novos estabelecimentos farmacêuticos não tem nenhum perigo referente à saúde da população e que não haveria qualquer influência na distribuição dos medicamentos. Na verdade, a lei apenas buscava uma regulação indireta de mercado de trabalho, impedindo a livre concorrência e zelando pelo interesse econômico de particulares, num evidente desvio de finalidade, desprovido de qualquer interesse público.

Na prática, ocorreu uma reserva de mercado para os farmacêuticos daquela região (intenção legislativa implícita), e o controle da esfera econômica, apesar de explícita, tinha intenção secundária no espírito daquela lei. A decisão final levou em conta que o meio utilizado pelo legislador não era idôneo para cumprir o seu objetivo, logo não adequado. Trata-se, pois, de uma regra e não de um princípio, na medida em que a controvérsia se limitou a discutir se os meios eleitos pelo legislador eram adequados ou não para atingir as finalidades (COSTA, 2008, p. 136-140).

Foi evidenciado que a referida lei impunha grave restrição à abertura de novas farmácias, numa grave violação à liberdade profissional garantida pelo art. 12 parágrafo 1 GG da Constituição Alemã. Foi declarado nulo o art. 1º da lei de farmácias da Baviera, porquanto inconstitucional, não havendo interesse público algum ou defesa da saúde em geral.

No escopo do subcritério de adequação, fica patente que não se busca maximizar objetivos, e sim eliminar os eventuais meios inadequados à sua implementação. Nesta trilha, tal submáxima não apresenta propósito de aferição de escopo de correção de medidas; apenas excluir aquelas que se mostrem inadequadas (BUSSINGUER, 2014, p. 117-118).

Em seguida abordar-se-á a exigibilidade ou necessidade. Esta requer que se prove a necessidade do meio, a saber: se dois meios podem ser utilizados para proceder à interpretação, deverá ser utilizado o que se mostra como o mais ameno entre os diversos disponíveis, o menos agressivo ou danoso aos bens e valores constitucionalmente protegidos (GUERRA FILHO, 2001, p. 154).

Normalmente, podem existir vários meios idôneos para a colimação de propósitos. Visando preservar na forma menos intensa possível a interferência em Direitos Fundamentais, exige-se que o Poder Público escolha o meio menos gravoso. Em tese, esta seria uma opção obrigatória do Estado, com características de regra, ou seja, obrigatoriedade, de utilizar o menos gravoso para a parte, em qualquer circunstância.

Costa (2008, p. 172) aduz que o critério da necessidade deve ser entendido na forma de que o Estado deve, sempre que possível, optar por soluções menos onerosas, o que ajustaria tal critério na modalidade de princípio, sendo esta a melhor leitura para o caso, na visão dele.

Nas palavras de Bonavides (2004, p. 397), este busca um paralelismo entre o subprincípio da necessidade e a máxima de “entre dois males deve-se escolher o menor”, aliás, com propriedade, pois qualquer restrição a Direitos Fundamentais pode ser traduzida como um mal em potencial, uma limitação indesejada. Acrescenta que tal subprincípio poderia ser denominado de subprincípio da escolha do meio mais ameno ou suave.

Esse é o entendimento de Alexy (2017, p. 590) quando discorre que entre dois meios, a princípio adequados, deve ser escolhido aquele que menos interfira no ou restrinja o princípio que não apresenta precedência.

Em alinhamento a tal entendimento, Bussinguer (2014, p. 120) aduz que se devem identificar meios, entre os possíveis, que, igualmente adequados, melhorem a posição de uma das partes, sem necessariamente representar maiores restrições para a outra.

Esta avaliação dos meios possíveis, no escopo da necessidade, exige uma análise dos prejuízos teóricos a serem suportados por uma das partes em relação à incidência do princípio colidente. Este esforço indica que a escolha de um princípio entre aqueles possíveis, quando aplicado, atuará como regra, devendo ocasionar o menor prejuízo possível em relação aos Direitos Fundamentais. Tal análise incide nas vertentes de adequação destes meios e na possibilidade de promoção das finalidades, bem como na avaliação do meio menos restritivo ao Direito Fundamental discutido.

Por fim, deve-se observar a proporcionalidade em sentido estrito como último recurso após a adequação e a necessidade. Em outras palavras, deve ser certificado que o meio a ser empregado é o mais vantajoso, no senso da promoção e manutenção de certos valores, com a mínima violação de outros que a eles se contraponham e, eventualmente, venham a disponibilizar lugar no critério de cedência, não podendo haver violação do mínimo estrutural de cada princípio, já que todos devem ser respeitados (GUERRA FILHO, 2001, p. 154).

Como mandamentos de otimização que são, os princípios exigem uma ampla realização em face das possibilidades fático-jurídicas, sendo a proporcionalidade em sentido estrito a expressão do significado de otimização ante os princípios colidentes. Este critério impõe o raciocínio de que entre os valores conflitantes deve preponderar o de maior relevância.

A sensibilidade deve presidir o julgamento no caso concreto, avaliando as limitações ou mesmo as mitigações de Direitos Fundamentais que eventualmente se achem em conflito. Deve ser observado equilíbrio e proporção entre benefícios e restrições, bem como a possibilidade de o interesse público nem sempre ter precedência sobre os demais.

Alexy (1999, p. 593-594) aduz que na medida do maior grau de não satisfação ou de ingerência em um princípio, deverá ser inversamente proporcional a importância da

satisfação do outro afetado. A expressão desta lógica, em relação aos princípios colidentes, é denominada de sopesamento.

A proporcionalidade em sentido estrito busca estabelecer um equilíbrio jurídico entre o fim objetivado por uma disposição normativa e o respectivo meio empregado. Não se pode atingir o núcleo essencial de Direito Fundamental sob pena de se violar a Dignidade Humana. Em havendo desvantagens para o interesse individual ou coletivo, no tocante à disposição normativa, as vantagens que traz para os interesses de outra ordem devem superar as desvantagens (GUERRA FILHO; CANTARINI, 2017, *online*).

Os Direitos Fundamentais, em seu núcleo essencial, demandam especial proteção, da mesma forma que se discute a amplitude e o regramento das restrições a tais direitos. A aplicação da proporcionalidade se apresenta como um limite ou uma restrição a Direitos Fundamentais. Grave situação se apresenta quanto à possibilidade de ampliação desmesurada de restrições que poderiam conduzir, até mesmo, à supressão de um Direito Fundamental, sendo necessária sua limitação.

Guerra Filho (1995, p. 59) aduz que o núcleo ou conteúdo essencial de Direito Fundamental se refere a âmbito inviolável, independentemente de eventos de colisão entre princípios e possíveis restrições a um deles.

No mesmo sentido, Araújo (2019, p. 188) ressalta a impossibilidade de desproporcionalidade em relação a restrições de Direitos Fundamentais, assim como a afetação do núcleo essencial do direito objeto da restrição. Nesta condicionante, enfatiza o princípio da dignidade da pessoa humana, não a considerando como núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, porém visualizando tal proteção dos Direitos Fundamentais por meio da dignidade humana, que se apresenta como limite dos limites aos Direitos Fundamentais. Assim, mesmo que precise fomentar outro princípio, o intérprete não pode desrespeitar o núcleo ou conteúdo essencial de um Direito Fundamental.

Em arremate, o responsável pela avaliação deve ponderar entre o ônus da carga restritiva que será imposta pela aplicação da norma e o benefício gerado pelo seu

emprego. Na hipótese de o ônus se apresentar superior ao benefício, não deverá ser aplicado (BUSSINGUER, 2014, p. 122).

Por último, necessária se faz uma diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, que, equivocadamente, se apresentam como equivalentes na doutrina e na jurisprudência. Em que pese a proporcionalidade ser uma construção teórica do Tribunal Federal Alemão, e a razoabilidade uma criação americana, há diferenças em suas origens e estruturas.

A razoabilidade, segundo Ávila (2019, p. 194-199), impõe a aplicação de outras normas, sejam princípios ou regras, podendo-se subdividi-la em: a) razoabilidade como equidade, quando exige a harmonização de norma geral com caso particular; b) razoabilidade enquanto congruência, a exigir harmonização entre as condições externas de aplicação e as normas propriamente ditas; c) razoabilidade como equivalência, tendo em vista a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Com rara felicidade, Barroso (1996, p. 226) explana a caracterização da razoabilidade nos atos do poder público, apontando que o Estado, em sua atuação normal, deve produzir normas em circunstâncias objetivas e concretas. Assim, os fins eleitos deverão ser atingidos com o emprego de meios específicos.

Neste viés, todo e qualquer ato ou ação que crie direitos deve incluir fatores mandatórios, quais sejam: motivação, fins e meios, cuidando-se dos valores fundamentais do Estado, explícitos ou implícitos, incluindo ordem, segurança, tranquilidade social, todos em seus múltiplos aspectos. Assim, razoabilidade é a máxima adequação ou alinhamento que, necessariamente, deve equilibrar a relação entre esses elementos.

O autor subdivide a razoabilidade em: a) interna, a ser aferida dentro da lei – é a existência de uma relação racional entre motivos, meios e fins; b) externa – é a adequação aos meios e fins permitidos e preconizados na Constituição. Em havendo contrariedade de valores constitucionais, ela deverá ser considerada ilegítima e desarrazoada.

Especial atenção destinou Guerra Filho (2000, p. 209) para identificar que proporcionalidade e razoabilidade têm origens absolutamente diferentes, além de propósitos e estruturas próprias e que não se identificam. A razoabilidade visa tão somente à vedação do absurdo, sem pretensões de harmonização de Direitos Fundamentais, em respeito aos diversos valores constitucionais. Não possui estrutura com elementos específicos, como ocorre com a proporcionalidade.

Em complemento, Barroso (1996, p. 220) verifica que a razoabilidade exige a comparação da compatibilidade do meio utilizado pelo legislador com os fins visados, assim como a verificação da legitimidade dos fins.

O termo razoabilidade aponta para a qualidade do que é razoável e racional e, portanto, carrega efetiva ligação a um pensamento de raiz lógico-dedutiva ou lógico-indutiva. Logo, medidas ou decisões razoáveis são as que se originam de premissas fundamentadamente sustentadas, explicitando o que não é absurdo ou contrassenso, sendo adequadas e aceitáveis por sua carga lógica (BUSSINGUER, 2014, p. 104). Desta forma, não é difícil concluir que um ato pode ser razoável e desproporcional, já que para ele ser razoável basta que não seja absurdo.

Por fim, importante ressaltar que no viés da razoabilidade é requerido um arsenal menos complexo do que o necessário para a proporcionalidade, pois aquela se trata de uma aferição de conceitos razoáveis ou irrazoáveis, e esta exige critérios objetivos, inclusive com submissão a uma estrutura decisória, racionalmente estabelecida, mediante a utilização de parâmetros não exigíveis na concepção da razoabilidade (BUSSINGUER, 2014, p. 108).

Passa-se agora à discussão dos Direitos Fundamentais diretamente afetados e trabalhados neste estudo, sua explicitação e a descrição do processo de escolha e precedência para a determinação das restrições que serão aplicadas.

5.5 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA EM TENSÃO COM O DA INTEGRAÇÃO SOCIAL DE PESSOA PRESA EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E INTEGRANTE DE FACÇÃO CRIMINOSA, SOB A ÓTICA DA COLISÃO DE ALEXY

Neste item, analisa-se o Direito Fundamental à segurança pública *versus* o Direito Fundamental à integração social de integrante de Orcrim preso por decisão judicial.

Necessária se faz uma reflexão sobre a natureza dos Direitos Fundamentais em colisão: o Direito Fundamental individual à integração social do integrante de Orcrim e o Direito Fundamental coletivo à segurança pública. No modelo constitucional vigente, existem bens jurídicos que podem colidir com outros de mesma valoração constitucional, inclusive em relação à mesma fonte, a saber, a dignidade da pessoa humana.

Nem toda violação de Direitos Fundamentais, na visão de Sarlet (2015b, p. 152), implica, mandatoriamente, violação do princípio da Dignidade da pessoa humana, desde que não atinja o núcleo essencial mínimo de dignidade do Direito Fundamental.

Exemplos clássicos de bens coletivos são a segurança pública, um meio ambiente sustentável e a assistência à saúde, atuando nas dimensões que promovem e convertem tais valores em bens coletivos: a) sua estrutura não distributiva, característica esta da não possibilidade de sua fragmentação e traço marcante entre direitos coletivos e individuais; b) seu *status* normativo e; c) sua fundamentação (ALEXY, 2017, p. 114-115).

O autor sustenta ser a segurança pública um valor característico de bem coletivo. No plano axiológico-valorativo, quando inserto na ordem jurídica, possui um viés deontológico, logo normativo. Portanto, se determinado bem não pode ser subdividido entre vários indivíduos e sua efetivação deriva de uma regra ou princípio, está-se diante de bem coletivo. A normatividade de um bem coletivo passa de um interesse (viés antropológico) ou valor (viés axiológico) para a característica de dever jurídico (viés deontológico); em outras palavras, passa a ser norma (ALEXY, 2017, p. 114-115).

O Estado Democrático de Direito busca um equilíbrio entre a segurança coletiva e a liberdade individual, de forma a assegurar, no sopesamento desses interesses, muitas vezes antagônicos e restritivos, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O não balanceamento ou favorecimento no aspecto segurança, acompanhado de limitação da liberdade dos cidadãos, produz uma violação, muitas vezes irreparável, a esse Direito Fundamental.

Por outro lado, a restrição excessiva do direito à segurança pública e um privilégio desmedido à liberdade individual, seja dos cidadãos livres, seja dos presos, podem conduzir a uma desestruturação do tecido social e de seus valores, bem como ao descrédito das instituições de governo, logo, na própria estrutura constitucional.

Inegavelmente, quando da criação do PCC em São Paulo, o crescimento exponencial aliado ao processo organizativo-estrutural das Orcrims, este associado ao aumento da violência nos presídios e nas capitais brasileiras, trouxeram atenção ao tema, na medida da sua relevância social, pois a eficácia da segurança pública no seu enfrentamento implica a atenuação dessas problemáticas. A resposta ofertada pelo Estado às Orcrims visando ao combate a tais organizações consumou-se na criação do RDD, na busca de conter a atuação desses delinquentes de altíssima periculosidade.

A criação de tal instrumento disciplinar, inicialmente sob a forma de resolução do governo de SP, e posteriormente como alteração da Lei Federal nº 7.210/89, objetivou restringir ou impedir a comunicação de determinados presos que, por suas características de violência ou participação em Orcrims, influenciavam e subjugavam as demais pessoas, reclusas ou não.

A reintegração social, meta da lei e dos Direitos Humanos, é dever do Estado, sendo um Direito Fundamental da pessoa presa. A integração interna perpassa por um efetivo controle da população carcerária e cumprimento das normas regentes a ela atribuídas. O convívio de presos reconhecidamente perigosos e integrantes de Orcrims junto aos outros que não apresentam tal característica representa grave risco aos demais.

Existe sensível diferença entre apenados: de um lado, criminosos eventuais, que cometeram crimes numa determinada circunstância; de outro, delinquentes contumazes, que fazem do crime um ato profissional com viés de enriquecimento, sendo necessária a aplicação do princípio da isonomia, tratando os desiguais desigualmente, para a preservação da vida e dignidade do primeiro grupo.

O RDD está previsto no art. 52 da Lei de Execuções Penais, artigo este que já foi submetido ao crivo de tribunais estaduais e federais, inclusive o STJ. Acha-se em trâmite no STF a ADI 4.162, que questiona o referido artigo:

Agravo em Execução Penal - Preliminar De inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado - Inadmissibilidade - Inteligência do artigo 52 da LEP - Ausência de requisitos legais para incluir o reeducando no RDD - Não acolhimento - Agravante que foi incluído no regime disciplinar diferenciado, pelo prazo de 90 dias, por ter causado lesão corporal leve em agente penitenciário, tendo em vista que teria desferido um soco no rosto deste - Ausência de ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Agravo não provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2011, *online*).

O Regime Disciplinar Diferenciado é previsto, portanto, como modalidade de sanção disciplinar (hipótese disciplinada no caput do artigo 52, da LEP) e, também, como medida cautelar (hipóteses dos §§ 1º e 2º da LEP. Dessa forma, tenho como legítima a atuação estatal ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que a Lei nº 10.792/2003 busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam tanto no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – quando fora, ou seja, em meio à sociedade civil. Por outro lado, cumpre salientar que o Regime Disciplinar Diferenciado não constitui uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes já existentes (fechado, semiaberto e aberto). Na verdade, o RDD nada mais é do que um regime de disciplina carcerária especial que tem como característica um maior grau de isolamento do preso com o mundo exterior, inclusive com o bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos. Trata-se de uma medida emergencial que visa transformar o caos do sistema penitenciário para, ao menos em relação aos presos mais perigosos, impor-lhes um verdadeiro regime de segurança máxima, sem o qual, infelizmente a atuação desses líderes de organizações criminosas não pode ser contida [...]. Trata-se de medida ínsita ao poder geral de jurisdição, para que sua efetividade exige do julgador por vezes medidas inominadas garantidoras do resultado útil do processo e da ordem social” (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, 2006, p. 428-429).

Habeas corpus. Regime disciplinar diferenciado. Art. 52 da LEP. Constitucionalidade. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Nulidade do procedimento especial. Reexame de provas. Improriedade do writ. Nulidade da sentença condenatória não reconhecida. 1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são

ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos e, também, no meio social. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal. 5. Ordem denegada (STJ, 2005, p. 312).

No presente trabalho são analisados, sob a ótica da colisão de princípios de Alexy, os Direitos Fundamentais de integração da pessoa componente de Orcrim em RDD e o da segurança pública, considerando que ambos os direitos perpassam pelo princípio da Dignidade da pessoa humana. A regra base do art. 52 da LEP também se baseia nesse princípio e no da segurança pública.

Deve-se relembrar inicialmente que a adequação, um dos subprincípios da máxima da proporcionalidade, aponta para a aptidão do meio escolhido para a implementação do fim desejado. Em outras palavras, busca-se identificar se as restrições a serem impostas contribuem para o sucesso dos fins perseguidos.

O instrumento escolhido foi a restrição parcial da interação social dos presos integrantes de facções criminosas, mediante a aplicação do RDD, com os seguintes vieses: a) separação da massa carcerária com absoluto impedimento de contato (até 2019) visando ao rompimento da cadeia de comando interno nos núcleos prisionais; b) dificuldade de acesso de pessoas não presas mediante controle e redução de visitas; c) redução de artigos permitidos nas celas que possam servir de meio de comunicação com os demais presos; e d) adoção de celas individuais na tentativa de rompimento do fluxo de ordens criminosas a terceiros.

O instrumento se mostrou adequado à sua finalidade, que é a manutenção da ordem e disciplina no sistema carcerário, e um rompimento, ainda que parcial, no fluxo de

ordens para o cometimento de crimes no cenário externo aos presídios, o que torna a segurança pública mais perceptível à população.

O subprincípio da necessidade aponta para a escolha, num rol de algumas medidas aptas, da mais amena ou de menor intervenção nos direitos atingidos, devendo haver comparações e otimizações nesta fase.

Nesse aspecto, a Itália adotou medidas de tratamento dos delinquentes perigosos nos sistemas prisionais, tais como: a) isolamento absoluto do preso em locais inóspitos, como, por exemplo, em ilhas localizadas em locais remotos (cárcere duro); b) restrição total de visitas presenciais, com permissão de acesso a advogados somente por videoconferência gravada.

Nesta linha, o RDD adotado pelo Brasil se apresenta como um meio menos invasivo ao Direito Fundamental de integração do que os acima apresentados, a uma porque, mesmo restritivo, ainda mantém o preso no sistema prisional, o que constitui para ele um referencial; a duas porque a alteração legislativa de 2019 permitiu, ainda que em parte, uma integração de até quatro presos nos períodos de banho de sol; a três porque as visitas de familiares e advogados com tempística predeterminada mantém o contato pessoal, alimentando, em tese, o desejo de retorno à sociedade; a quatro porque a manutenção em unidades localizadas nos grandes centros facilita o apoio familiar.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito induz a uma ponderação de interesses, que no princípio da unidade constitucional orienta uma ampla compatibilização dos princípios em colisão, num caso concreto. É aplicado após o critério da adequação e da necessidade.

Nesta lógica, utiliza-se P1 para representar o Direito Fundamental e coletivo à segurança pública; P representa a precedência; P2 representa o Direito Fundamental individual à integração social do preso componente de Orcrim; C representa a condição de restrição (RDD) que possibilita o resultado esperado; e R representa o resultado esperado: a manutenção da disciplina e ordens interna e pública.

O Direito Fundamental e coletivo à segurança pública (P1) traduz a ideia de que, em alguns casos, existe a necessidade de limitação de direitos e garantias individuais com a finalidade de proporcionar ao meio social a segurança mínima que viabilize, no contexto da vida, uma convivência regrada, com os cidadãos abrindo mão de parte de suas liberdades em favor do Estado e recebendo em contrapartida segurança institucional e a preservação de sua integridade física.

A desordem no sistema carcerário pátrio é fato público e notório. A imprensa tem mostrado imagens de presos utilizando aparelhos celulares e até mesmo armas, bem como o assassinato e a decapitação de presos rivais, como ocorreu no Maranhão, no biênio 2013-2014. Episódios semelhantes a esse foram relatados em outros estados brasileiros, causando impactos gravíssimos na ordem interna prisional e reflexos na ordem pública extramuros.

Na perspectiva interna, a anomia verificada nas instituições carcerárias fortalece o poder das Orcrims por meio de assassinatos estruturados de integrantes de facções rivais, como uma forma elaborada de obter e consolidar a hegemonia nas prisões, difundindo terror entre os presos faccionados ou não.

Ainda neste contexto, é comum a destruição dos equipamentos públicos, que leva à fragilização das precárias instalações e coloca em xeque a estrutura de guarda e vigilância, além de ocasionar uma redistribuição forçada da população prisional como resultado dos vandalismos.

O somatório das ações promovidas internamente pelas Orcrims fortalece suas lideranças e cria um sentimento de opressão para os presos não faccionados, bem como temor para os agentes públicos encarregados da repressão de tais atos, aumentando a sensação de insegurança no interior da cadeia.

Na perspectiva externa, a possibilidade de fugas em massa da criminalidade organizada, aliada a um provável aumento da violência a ela associada, resulta no aumento da sensação de insegurança subjetiva.

Os atos de vandalismo e o cometimento de crimes no interior dos estabelecimentos prisionais conduzem a um crescente descrédito do poder público, expondo a sua incapacidade de controle sobre tais organizações, violando a garantia constitucional de segurança pública em sua vertente positiva, porquanto este controle é dever do Estado, imposto pela Carta Magna.

Essas práticas e seus efeitos, com perfil de terrorismo urbano, indicam que as Orcrimis são violadoras dos Direitos Fundamentais da sociedade e, portanto, devem ser reprimidas pelo Estado dentro dos parâmetros constitucionais, protegendo-se as Garantias Fundamentais e o direito à segurança pública do tecido social como um todo.

Em outro ângulo (P2) – o Direito Fundamental à integração do preso visa ao impedimento de alienação ou redução da sua cidadania, pois a restrição de seus direitos se limita à decisão judicial conformada. Ainda que preso, tendo o seu direito de ir e vir legalmente cerceado, o relacionamento interno com outros presos, advogados e familiares se mostra como um verdadeiro “oásis” dentro da clausura em que se torna o ambiente prisional.

Na relação com familiares, mantém-se acesa a chama do retorno ao convívio nesse grupo. Nas relações com advogados, a perspectiva de liberdade persiste ativa. E no ambiente interno, as amizades aceleram a passagem do tempo e protegem o equilíbrio mental, muitas vezes alterado por longos períodos de segregação.

Noutro aspecto, o trabalho do preso propicia um desenvolvimento pessoal e profissional, com reflexo na sua autoestima, estruturando seu tempo diário disponível, permitindo a melhora de sua imagem perante seus familiares e amigos e possibilitando sua participação na renda familiar, o que contribui para a preservação da dignidade do núcleo familiar. Ademais, influencia na reconstrução da relação do indivíduo com a sociedade.

Quanto à variável C, esta se apresenta como condição de sopesamento dos Direitos Fundamentais. No presente estudo, ocorre no âmbito da restrição de parte do Direito Fundamental à integração de pessoa presa, membro de Orcrim.

Os presos integrantes de Orcrims, em especial seus líderes, não raras vezes substituem suas relações familiares por relações empresariais espúrias; as visitas servem para o planejamento e a transmissão de ordens criminosas a serem repassadas externamente; as visitas de advogados deixam de ser oportunidades de discussão de aspectos jurídicos das penas e regimes, para se transformar em extensões da malha criminosa formada, inclusive, com a adesão de profissionais de Direito na difusão de notícias e execuções de ordens externas; a integração interna cede lugar a um processo de submissão de presos mais fracos ou desprotegidos, que permitem uma ampliação da atuação e o controle dos cárceres.

É importante ressaltar que o RDD segrega uma ínfima parte dos presos, não impondo nem tratamentos desumanos nem degradantes, uma vez que a condição restritiva não viola garantias constitucionais, apenas diminui interações e comunicações entre presos e terceiros, na expectativa da manutenção da ordem pública e da quebra do liame existente entre tais Orcrims e seus integrantes presos e com evidente poder de mando.

A condição C se justifica ainda, visto que as Orcrims são mais estruturadas e ágeis do que o próprio Estado, e por estarem presentes em praticamente todas as prisões brasileiras, dificultam o seu controle por parte das administrações. O Estado pouco ou nada controla da vida carcerária intramuros, servindo apenas de forma de contenção para eventuais fugas.

Os crimes cometidos no interior das unidades prisionais – tráfico de drogas, agressões e assassinatos – são dirigidos e fomentados pelas lideranças de tais organizações, gerando uma sensação horizontal de abandono e medo nos demais presos, e o consequente fortalecimento daquelas. O afastamento e o rigor carcerário buscam restabelecer a normalidade do dia a dia das unidades prisionais, bem como a manutenção da ordem pública.

A atuação de presos integrantes de Orcrims, no âmbito prisional, desequilibra a frágil disciplina das prisões, tornando necessária a existência de instrumentos de controle que privilegiem 99,5% da população que se mantém longe das hostes criminosas.

Com efeito, apenas 0,5% da população brasileira está diretamente ligada à criminalidade; destes, cerca de 5% atuam, direta ou indiretamente, naquelas facções.

Líderes de Orcrims que têm perfil de liderança violenta e negativa, atuando no microsistema penal e nos ilícitos por eles comandados, promovem um dano econômico menor do que o dano sociocultural, que gera descrédito ao Estado enquanto monopolista da violência legal, além de promover um abalo social de larga escala, particularmente nas áreas mantidas sob o domínio de facções criminosas.

O isolamento de presos está previsto nos regulamentos penitenciários, não sendo nenhuma novidade, pois sua iniciativa é dever do poder público no controle disciplinar, desde que não ofenda a dignidade da pessoa humana e atente para o contraditório e a ampla defesa antes da decretação da medida.

Não restam dúvidas de que a dignidade humana é princípio fundamental constitucional, mas não se pode olvidar que a higidez social e o equilíbrio do tecido social – componentes da segurança pública – devem prevalecer sobre outros interesses de cunho individual, mesmo sendo estes igualmente princípios e delineamentos constitucionais.

A última variável, R, concerne ao resultado esperado da limitação de direitos; no presente caso, a manutenção da disciplina nas unidades carcerárias com reflexos na ordem pública e na paz social.

Com o escopo tanto do direito individual como do coletivo apresentados, busca-se, com o RDD, obter-se o resultado ordem, interna e externamente, através dos meios menos restritivos. Cumpre pôr em discussão o eventual sacrifício de um interesse individual dos presos componentes de Orcrim e a índole coletiva, ou seja, a paz e a segurança pública, na persecução do bem comum.

O Estado de Direito tem a obrigação de garantir o bem-estar público, ofertando e garantindo, indistintamente, os Direitos Fundamentais à vida, liberdade, segurança pública e incolumidade pessoal, entre outros, atuando severamente na contenção da criminalidade, seja comum ou organizada, pois tais direitos são pilares da ordem constitucional.

Logo, é possível afirmar que o Direito Fundamental à segurança pública (P1) precede (P) o Direito Fundamental à integração social da pessoa presa integrante de Orcrim (P2), na condição (C) de restrição de integração social ao mínimo legal possível, mediante o RDD, visando à obtenção do resultado (R) de estabilidade disciplinar no complexo carcerário, à manutenção da ordem pública e à garantia da integridade física dos cidadãos.

6 CONCLUSÕES

O sistema de justiça penal administra cerca de um milhão de pessoas (entre apenados e mandados de prisão em aberto), ou seja, algo em torno de 0,5% da população brasileira, porém não tem recebido por parte da academia a devida atenção.

Identificado como grave problema desde meados do século XVIII, não encontrou ainda fórmulas que concomitantemente reduzam as taxas de violência e reinsiram, adequadamente, o preso no meio social, num modelo permeado pelo respeito aos Direitos Fundamentais por parte do Estado e de seus agentes.

Num quadro exponencial de crescimento de violência nas três últimas décadas, o Estado brasileiro se vê oprimido pelo crescimento das estruturas criminosas, sem possibilidade de contenção delas, numa luta inglória tal qual a que trava o Estado italiano com a Máfia há pelo menos dois séculos.

O estudo buscou trazer a lume o problema carcerário brasileiro, com recorte na tensão existente entre os Direitos Fundamentais à segurança pública da sociedade e o de integração social do preso componente de Orcrim e inserido no RDD.

Como elemento inaugural do trabalho, trouxemos uma visão ampliada, com fins de reflexão, em relação aos métodos punitivos adotados pelo tecido social num arco aproximado de dois séculos.

Estabelecemos linhas evolutivas de teorias e métodos, demonstrando a constante busca de instrumentos de retribuição penal e pacificação social, desde os suplícios físicos, passando pelo direito canônico, até a prisão como forma de punição adotada desde o século XVIII.

Nas escolas penais, foi possível aferir a tentativa de suavização do cárcere na Escola Clássica de Howard, Beccaria e Carrara, com utilização do método dedutivo, diversamente da Escola Positiva, com foco exclusivo na defesa social e sua divisão em fases – antropológica, sociológica e jurídica –, tendo von Liszt (2003) como um de seus expoentes. As mistas buscaram uma compatibilização entre as duas.

Na Teoria da Pena enquanto elemento de persuasão racional da sociedade, a Teoria Absoluta sustenta a retribuição como pura violação à lei, tendo como adeptos Ferrajoli, Kant, Hegel e Roxin. Já na Teoria Relativa, a prevenção apresenta-se como possibilidade para evitar a ocorrência de novos crimes.

Na Teoria Relativa Geral Negativa, que interessa para este trabalho, ficou demonstrado o conteúdo de uma coação psicológica estatal visando ao não cometimento de delitos na forma da Teoria de Feuerbach, que, na prática, permitia a visualização das consequências pelo cometimento de crimes. A pena em si seria apenas a consolidação da ameaça.

A formulação por Feuerbach da Teoria da Legalidade trouxe os três princípios iniciais do Direito Penal. Por fim, as Teorias Unitárias buscam conciliar a retribuição com a prevenção.

Os atuais sistemas prisionais e sua suposta evolução indicam que o modelo de prisão celular do século XVIII, ainda que de forma transversa, se mantém nos modelos contemporâneos, numa assunção de culpa do Estado pela falta de seriedade no trato deste assunto.

Idealizados com perspectivas vanguardistas, porém antagônicas, pois, se de um lado visavam impor máxima ordem e disciplina, e de outro promover ressocialização, ora calcado em sistemas religiosos ora em métodos puramente custodiais, os primeiros modelos prisionais instituídos no início do século XIX, tais como o pensilvânico, com isolamento absoluto, assemelhavam-se às prisões dos mosteiros, com inspiração eclesiástica. Houve uma tímida evolução para o auburniano, com quebra de isolamento total, porém com silêncio absoluto. Nos dois modelos ocorriam castigos físicos de monta.

O sistema de Montesinos e o progressivo conseguiram, em parte, desvincular-se daqueles modelos opressivos, buscando visões reintegrativas e a aferição de méritos no binômio tempo e comportamento carcerário.

Porém, a partir do triênio 2001-2003, a evolução até então experimentada pelos modelos prisionais foi estancada, tendo como pano de fundo o estado de anomia vivido naquele período de ataques terroristas urbanos causados pelas Orcrim, em especial o PCC.

A mera segregação adotada como meio supostamente eficaz de punição estatal não tem sido capaz de “reformatar” o indivíduo e frear a escalada da violência. Via de regra, as prisões são lugares de aprimoramento e difusão de atividades criminosas organizadas.

O cenário causado pelo endurecimento penal implementado na década de 90 refletiu-se estruturalmente nos cárceres, por meio de sua superlotação associada à ausência de *know how* no trato de tão expressiva massa humana.

De um modelo estatal permeado de constantes violações à dignidade dos presos para outro calcado em opressão horizontal (travestida de proteção), o próprio Estado criou reais possibilidades de desenvolvimento de Orcrim. Estas exibiram suas potencialidades nos ataques realizados em 2001 e 2006, expondo as fragilidades estatais em relação à falta de controle e repressão de tais facções.

Numa perspectiva de médio e longo prazo (entre cinco e dez anos), ficou claro que somente a descentralização da população carcerária em microunidades regionais de no máximo 200 presos permitirá uma rigorosa aplicação da LEP, com a classificação e a individualização da pena, possibilitando a separação de membros de Orcrim, diluindo a concentração de lideranças negativas em vários minipresídios, tratando desigualmente os desiguais e gerando uma possibilidade eficaz de ressocialização.

Por outro lado, constatou-se uma relação constante entre as áreas de atuação dessas Orcrim e as regiões de maior PIB do país, estando os principais eixos criminosos instalados nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, aquele detendo 32% da renda nacional e este 11%. Outro fator de atenção é o percentual de 31,8%, equivalentes a 66 milhões de brasileiros que se encontram em situação altamente vulnerável – parte relevante deles vivendo em áreas controladas por tais organizações.

A relação entre policiais penais e presos inexistente é caracterizada por violência e autoritarismo, o que contribui sobremaneira para a ineficácia do modelo, pois mantém a tensão, havendo possibilidades iminentes de retaliação de ambas as partes, o que corrói o trabalho reintegrativo.

O endurecimento das medidas disciplinares carcerárias e a evolução da insegurança pública caminharam paralelamente, sendo possível aferir pontos de similaridade na Itália e no Brasil.

A Lei italiana de nº 354 (ITALIA, 1975) possuía até o ano de 1992 um viés ressocializador e reintegrativo, porém, naquele ano, dada a intensidade e a gravidade dos crimes cometidos por Orcrims, foi alterada com a inclusão do art. 41-bis por intermédio do DL nº 306/92, que endureceu o regime custodial, criando o “cárcere duro”. No Brasil, medida similar ocorreu regionalmente (SP) em 2001 e nacionalmente em 2003, restando evidenciada, posteriormente, a similitude entre o referido art. 41-bis da lei italiana e o art. 3º da Lei Federal nº 11.671/2008.

O RDD é uma suspensão, por tempo determinado e amparado por medida judicial, de alguns dos direitos do preso contidos na LEP (art. 41), de caráter excepcional, constituindo uma restrição de caráter disciplinar, numa regulamentação administrativa do regime prisional fechado.

Os Direitos Humanos, por sua vez, representam a possibilidade de o cidadão, preso ou não, exigir ações que lhe assegurem a dignidade nas dimensões de liberdade, igualdade e solidariedade.

Quanto à efetividade de tais direitos, a Constituição Federal os promove por intermédio de: a) aplicabilidade imediata; b) cerne irrestringível, pois são equivalentes a cláusulas pétreas; c) força vinculante com efeito *erga omnes*; d) cláusula da proibição do retrocesso.

O Direito Fundamental à segurança pública, nos Estados democráticos, garante a cidadania bem como as liberdades individuais e coletivas, definindo um estado de normalidade social, ao passo que a insegurança pública se apresenta como o não

cumprimento de leis e a violação aos direitos individuais dos cidadãos, exigindo do Estado medidas preventivas e repressivas que restaurem um *status quo ante* institucionalizado.

É um Direito de viés coletivo, implementado por políticas públicas, ofertando uma sensação horizontal de segurança e liberdade, resultando na paz e equilíbrio sociais, em alinhamento com os princípios constitucionais da Dignidade Humana e os demais previstos nos artigos 5º e 6º da CF/88. Tal conceito possui um foco duplo: de uma face, o Estado tem o dever de agir positivamente garantindo direitos, e, de outra face, deve agir negativamente, respeitando e garantindo as liberdades públicas.

Ficou evidenciado que a segurança pública é um suporte básico da democracia, na medida em que preserva a ordem pública, a incolumidade e o patrimônio, seja público ou privado, pois se trata de obrigação constitucional estatal. Os cidadãos têm garantia constitucional de segurança *lato sensu* e *stricto sensu*, direito este fundamental e difuso, que serve de base aos demais Direitos Fundamentais, inclusive à própria dignidade humana, sendo obrigação primordial e absoluta do Estado.

Em relação ao Direito Fundamental de integração social da pessoa presa, este se apresenta como guardião dos direitos que não foram atingidos pela sentença e das relações sociofamiliares. Mesmo encarcerado, a possibilidade de manutenção de um rol de atividades pessoais ainda se mantém, seja com familiares, seja com advogados e amigos, situação esta que, direta ou indiretamente, mantém íntegra a capacidade emocional do preso.

A família promove, dentro da clausura da prisão, a expectativa de liberdade e a percepção de não abandono. Outros grupos sociais tais como amigos e profissionais do direito também atuam na manutenção da autoestima e na não desconexão com a sociedade externa. No âmbito interno, o trabalho, as amizades, o lazer e a educação dão uma dinâmica diferencial à passagem do tempo, como uma forma de minoração dos sofrimentos experimentados.

Os princípios são balizadores do universo das normas jurídicas, tendo direta atuação na sua consolidação e interpretação, e como linha focal os Direitos Fundamentais,

implícitos ou explícitos. Na prática, é um sistema garantidor da sociedade em relação aos desmandos estatais e de terceiros. São mandados de otimização em relação a valores, exigindo que algo seja realizado na maior abrangência possível, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas.

Ávila aponta diferenças entre regras e princípios: pela natureza normativa, pela natureza de justificação e pela natureza da contribuição para a resolução do problema. Assegura, ainda, que regras e princípios não possuem propriedades idênticas e sim qualidades diversas, aquelas apontando deveres definitivos e estes, deveres provisórios utilizáveis mediante ponderação e sopesamento concreto.

A máxima da proporcionalidade trifásica eliminatória consiste no controle dos meios utilizados para a verificação de caso concreto, por meio da ponderação. Na colisão entre Direitos Fundamentais, busca-se a sua adequação aos meios disponíveis; depois se verifica a necessidade do meio escolhido; por último, faz-se a ponderação, se necessário.

Novais (2017) ressalta, ainda, a existência de uma última fase a ser vencida, a qual denominou de exame da constitucionalidade da restrição proposta (e seu grau de adequação à Constituição). Assevera que na teoria dos Direitos Fundamentais existem trunfos sujeitos à reserva geral imanente de ponderação, quais sejam: a) delimitação do escopo de proteção do Direito Fundamental e existência de restrição; b) justificação da restrição; c) observância do limite dos limites.

Na análise das colisões dos Direitos Fundamentais à segurança pública e do direito à integração social do preso componente de Orcrim e submetido ao RDD, buscou-se um equilíbrio entre a segurança coletiva e a liberdade individual, assegurando, no sopesamento desses interesses, os valores fundamentais da liberdade. O não sopesamento ou apenas o favorecimento da segurança, com restrição da liberdade dos cidadãos, pode produzir uma grave violação, muitas vezes irreparável, daquele Direito Fundamental.

Por outro lado, as restrições excessivas à segurança pública conduzem, fatalmente, a uma desconstrução do tecido social, dos valores e até mesmo refletem a sensação

horizontal de insegurança e descrédito no Estado e, logo, por via reflexa, na própria estrutura constitucional.

Nesta linha, analisando a colisão dos princípios referidos, recorreu-se ao critério de adequação, um dos subprincípios da máxima da proporcionalidade, que indica a aptidão ou não do meio escolhido para o atingimento do fim desejado. Procura-se identificar se as restrições a serem impostas ao preso integrante de Orcrim são coerentes para o alcance dos fins perseguidos, a saber, o controle do crime organizado nas unidades prisionais e a ordem pública.

A análise da adequação da restrição parcial da integração social dos presos componentes de facções criminosas, por meio do RDD, para fins de rompimento da cadeia de comando, com redução de visitas e isolamento em celas individuais, apresentou-se como factível, logo adequada, alinhada com a finalidade de manutenção da ordem, disciplina interna e um rompimento no trânsito de orientações para o cometimento de delitos nos cenários interno e externo aos presídios.

O subprincípio da necessidade identificou a medida restritiva proposta (RDD) como a menos invasiva ou com menor restrição aos direitos atingidos. Na linha da identificação da restrição menos gravosa, existiriam outras possibilidades de medidas em desfavor dos integrantes de Orcrim, a exemplo de: a) segregação absoluta em locais isolados do continente; e b) restrição total de visitas presenciais de qualquer natureza, inclusive de advogados.

Ultrapassados os dois primeiros subprincípios, a última fase, que é a proporcionalidade em sentido estrito, foca numa ponderação de interesses, que alinhada ao princípio da unidade constitucional, busca e orienta compatibilizações de princípios em colisão.

Considerou-se que P1 representa o Direito Fundamental e coletivo à segurança pública; P representa a precedência; P2 representa o Direito Fundamental individual da pessoa presa, componente de Orcrim, à integração social; C representa a condição de restrição (RDD) que possibilita o resultado esperado; e R representa o resultado esperado: a manutenção da disciplina e ordens interna e pública.

O princípio P1 apontou o dever do Estado de promover a segurança mínima do meio social de forma a viabilizar uma convivência regrada entre os cidadãos, que abriram mão de parte de suas liberdades em favor daquele. A segurança pública é a base de outros princípios constitucionais, sendo permeada pela Dignidade Humana.

O princípio P2 traduziu a não alienação do preso ou a violação da sua cidadania, já que qualquer restrição aos seus direitos tem como limite a decisão judicial e a Constituição, devendo considerar os efeitos do isolamento e das relações sociais afetadas.

Quanto à variável C, esta se mostrou como condição de sopesamento dos Direitos Fundamentais. No presente estudo, ocorre no âmbito da restrição de parte do Direito Fundamental à integração de pessoa presa, membro de Orcrim, ou seja, a aplicação do RDD a este grupo específico de presos.

O resultado R apresentou-se como consequência esperada, oriunda daquela limitação de direitos e sua precedência. No presente caso, traduz-se pela manutenção da disciplina interna nas unidades prisionais, com graves reflexos na ordem pública e na paz social.

A integração social do preso componente de Orcrim e inserido no RDD é princípio fundamental constitucional, mas a higidez e o equilíbrio do tecido social – integrantes da segurança pública – devem prevalecer sobre interesses de cunho individual, independentemente de serem igualmente princípios e possuírem delineamentos constitucionais.

Logo, é possível afirmar-se que a hipótese foi confirmada, com a precedência do Direito Fundamental à segurança pública em relação ao Direito de integração do preso componente de Orcrim em RDD, pois, com a *condição* de restrição máxima possível desse direito, respeitado o limite da inconstitucionalidade, promoveu a obtenção do *resultado* preservação do direito coletivo à segurança pública, com reflexos na estabilidade interna e na manutenção da ordem pública.

Finalmente, numa linha contributiva, ficou evidenciado que o RDD, que hoje engloba num só diploma legal integrantes de Orcrimis e outros presos que cometeram delitos menos graves, deveria ser subdividido, a exemplo do modelo italiano, em unidades específicas de custódia de líderes dessas organizações, com tratamento carcerário adequado à sua condição, enquanto os demais poderiam permanecer, temporariamente, em prisões de segurança diferenciada, sem o rigor ofertado aos primeiros.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila Nunes. Articulação entre o mundo interno e externo às instituições prisionais: questões para a construção de um novo paradigma no domínio da sociologia das prisões. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 36., 23 a 27 out. 2013, Águas de Lindóia, SP. **Anais...**, 2013. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/37-encontro-anual-da-anpocs/st/st28/8587-articulacao-entre-o-mundo-interno-e-externo-as-instituicoes-prisionais-questoes-para-a-construcao-de-um-novo-paradigma-no-dominio-da-sociologia-das-prisoas?path=37-encontro-anual-da-anpocs/st/st28>>. Acesso em: 4 jul. 2020.

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 7-29, dez. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000300002&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 4 jul. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus contra os pagãos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. v. XXI, cap. 12.

ALAGOAS (Estado). Decreto nº 38.295 de 14 de fevereiro de 2000: dispõe sobre o regulamento do sistema penitenciário do Estado de Alagoas e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**, Maceió, 14 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjS_duMxpzvAhVQGLkGHdKBCtsQFjABegQIAxAD&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Fojs%2Findex.php%2Frda%2Farticle%2Fdownload%2F47414%2F45316%2F93378&usq=AOvVaw3jCJANsaXe9cBEvYCE4zWn>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES, Armando Carlos. **Contributos para uma sociologia da polícia**. Lisboa: Revista da Guarda Nacional Republicana, 2011.

ANDRADE, Vander F. **Do direito fundamental à segurança pública**: análise crítica do sistema constitucional de segurança pública brasileiro. 2010. 287 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AQUINO, São Tomás de. Suma teológica: questão 92, artigo II. In: _____. **Escritos políticos**. Petrópolis: Vozes, 1997.

ARAÚJO, Hellen Nicácio. **Módulo de respeito**: práticas políticas cotidianas como uma aposta ético-política para pensar os processos de (re)inserção social. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública) – Universidade de Vila Velha, Vila Velha, 2016.

ARAÚJO, Lean A Ferreira. **(In) Aplicabilidade do princípio da reserva do possível nas decisões dos tribunais superiores na efetividade da política pública de educação obrigatória e gratuita**: afastamento das limitações da lei de responsabilidade fiscal. 2019. 269 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

ARDITA, Sebastiano. **Ricatto allo stato**. Milano: Sperling & Kupfre, 2011.

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno. **Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos**, n. 7, p. 5, jan./jun. 1988.

ARENDT, Hannah. O declínio do Estado-Nação e o fim dos direitos do homem. In: _____. **O sistema totalitário**. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

ARRUDA, Rejane Alves. Regime Disciplinar Diferenciado: três hipóteses e uma sanção. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 35-38, ago./set. 2005.

AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BALICO, Vladimir. **O direito criminal pós-positivista e o devido processo penal constitucional**. 2008. 163 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. [2014]. Disponível em: <<http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Paula; REBOUÇAS, Gabriela. Regras de Mandela: um estudo das condições de encarceramento no Brasil segundo a resolução da ONU. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 146-162, jul./dez. 2019. disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/4999>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BELLO FILHO, Ney de Barros; LEAL, Bruno Hermes. Associação de tipo mafioso: propostas de espelhamento típico na Itália e no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 176, p. 21-49, fev. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-346>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

BELO, Warley. **Da aplicação da lei penal**. Joinville: Clube de Autores, 2015.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais**. São Paulo: Edições Cultura, 1943.

BERNARDO SEGUNDO, Ronaldo Louzada; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O direito fundamental à segurança pública e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (coord.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BLATTER, Cyro; HERKENHOFF, Henrique. Cogestão prisional: uma visão crítica. In: SANTIAGO, Danilo Roberto Pereira; FERRÃO, Erika da Silva (coord.). **Temas interdisciplinares em segurança pública**. Curitiba: CRV, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. O direito como mito: a razão punitiva e a invenção do direito fundamental à segurança pública. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2794-2810, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/35088/27243>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A Identidade do preso e as leis do cárcere**. 2008. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execuções Penais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Instituí a Lei de Execuções Penais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação pena e processual penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy**: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana. 2014. 85 f. Tese (Doutorado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALDEIRA, Teresa. Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 44-46, 2002. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252002000100021>. Acesso em: 4 abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003a.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2003b.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327/7300>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Bogotá: Temis, 1971. v. 1.

_____. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Campinas: LZN, 2002. v. II.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Salo; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 4, n. 1, p. 7-26, jan./dez. 2005. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2020.

CERTEAU, Michel. **A invenção do cotidiano 1**: artes de fazer. Petrópolis: Vozes, 1994.

COELHO, Edmundo Campos. **Oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

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

COSTA, Álvaro Mayrink. Pena privativa de liberdade (passado, presente e futuro). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 42-67, 2008. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_42.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

COSTA, Leila Machado. **Segurança pública**: direito fundamental social, política pública ou ainda um novo paradigma?. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

COTES, Paloma. Crime, castigo e trabalho. **Época**, Rio de Janeiro, n. 402, 27 jan. 2006. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG73008-6009,00-CRIME+CASTIGO+E+TRABALHO.html>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWJUMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDlzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9>>. Acesso em: 18 out. 2020.

DIAS, Iris Mel Trindade. Estigma e ressocialização: uma análise sobre direitos humanos e reintegração de adolescentes em conflito com a lei. **Revista Videre**, Dourados, v. 3, n. 6, p. 96, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/1050>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena**. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DWORKIN, Ronald. **Levando a sério os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FABRETTI, Humberto B. **Segurança pública**: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, Josiane Petry; OLIVEIRA, Landiele Chiamente. Princípio da humanidade das penas e a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado no direito penal brasileiro. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 21, n. 1, p. 98-111, 2007. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/2169/1401/>>. Acesso em: 9 ago. 2020.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Luís; REGO, Ximene. Por onde anda o sentimento de insegurança? Problematizações sociais e científicas do medo à cidade. **Etnográfica**, Lisboa, v. 15, n. 1, p. 167-181, fev. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65612011000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 nov. 2020.

FERNANDES, Newton. **A falência do sistema prisional brasileiro**. São Paulo: Editores RG, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts**. Gießen: Mitternaier, 1847.

_____. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1989.

FONTES, Paulo Álvaro Chaves Martins; PINESCHI, Fábio Antônio. Da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. **Revista APMP**, São Paulo, v. 11, n. 42, mar./abr. 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>>. Acesso em: 3 abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O combate à impunidade como Direito Fundamental da vítima e da sociedade. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, v. 14, p. 149-162, 2018.

FREIRE, Cristiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplina diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

FREITAS, Marisa Helena D'arbo Alves de. O direito humano à segurança pública e a responsabilidade do estado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia/MG. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

FUNES, Mariano Ruiz. **A crise nas prisões**. São Paulo: Saraiva, 1953.

GERMAN LAW ARCHIVE. **BVerfGE 7, 198**: Lüth. Federal Constitutional Court (First Senate), 15 Jan. 1958. Disponível em: <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

GILLIN, John Lewis. **Criminology and penology**. New York: The Century, 1929.

GOFFMAN, Erwin. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

_____. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974. Disponível em: <http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/GOFFMANErvingmanicomios-PrisoeseConventos.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 3, n. 4, p. 196-209, maio 2000.

_____. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 719, p. 57-63, 1995.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, abr. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

ITALIA. Legge 26 luglio 1975 n. 354. Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà. **Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana**, Roma, 1975. Disponível em: <<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/op/opitaliano.htm#ART41bis>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ITALIA. Legge 7 agosto 1992, nº 356. Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. **Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana**, Roma, n. 306, 1992. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/08/07/092G0398/sg>>. Acesso em: 2 nov. 2020.

KAEBLE, Danielle. Probatiton and parole in USA, 2016. **Bulletin of Bureau of Justice Statistics**, Washington, Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ppus16.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KUHN, André; AGRA, Cândido. **Somos todos criminosos?**. Porto: Casa das Letras, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1993.

LAZARI, Rafael. Estado de coisas inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade. **Blog Acontece LFG**, 21 maio 2018. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/estado-de-coisas-inconstitucional-um-dilema-judiciario-da-contemporaneidade>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

LIRA, Pablo. Direito à segurança pública no Brasil: avanços e desafios na perspectiva da segurança cidadã. **Revista Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, acervo online, set. 2016. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/direito-a-seguranca-publica-no-brasil-avancos-e-desafios-na-perspectiva-da-seguranca-cidada/>>. Acesso em: 4 abr. 2020.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o Regime Disciplinar Diferenciado. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 191-204, 2008. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos_regime_disciplinar_diferenciado.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN George. 50 anos do caso Luth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. **Direitos Fundamentais.net**, [2008]. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MENDEZ, Juan. **Parecer da ONU-DH sobre RDD**. Washington, DC, 20 jun. 2013. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/ParecerMendez_sp.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTESINOS, Manuel. **Reflexiones sobre la organización del presidio del Valencia, reforma de la dirección del ramo y sistema económico del mismo**. [Publicado originalmente pela imprensa do Presídio de Valencia, 1846]. Valencia: Paris-València, 1962.

MORAES, Fabio Trevisan. **Direito fundamental à segurança pública e políticas públicas**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2010.

MOREIRA NETO, Alfredo Lopes da Costa; SACHUK, Maria Iolanda. Múltiplas visões sobre as atividades de trabalho remunerado, desenvolvidas por detentos na Penitenciária Estadual de Maringá. **Gestão e Regionalidade**, São Caetano, v. 27, n. 79, p. 96-107, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_gestao/article/view/1070/917>. Acesso em: 11 abr. 2020.

MORETTO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão**: controle do espaço na sociedade do tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MUNHOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

MUNHOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEGRINI, Pedro Paulo. **Enjaulado**: o amargo relato de um condenado pelo sistema Penal. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2007.

NUNES FRITZ, Karina. Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Migalhas**, 29 out. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas-o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 30 maio 2020.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Luciano. Segurança: um direito humano para ser levado a sério. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Editora da UFPE, 2000. n. 11.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. 2014. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Prisão**: um paradoxo social. 3. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>>. Acesso em: 1 abr. 2020.

_____. **Protocolo de Istambul**: manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Genebra: ONU, 2001. (Série de formação profissional, n. 8). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2020.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PALOP, Maria Eugenia Rodríguez. **La nueva generación de derechos humanos**. Madrid: Dykinson, 2002.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy**: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica. 2015. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. **Direitos humanos e interculturalismo**: análise da prática cultural da mutilação genital feminina. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

PIAGET, Jean. **O juízo moral na criança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Prisões fechadas e prisões abertas**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1977.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli**: algumas observações críticas. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REICH, Warren Thomas. **Encyclopedia of bioethics**. Nova Iorque: Macmillan Library Reference, 1975. v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. **Consultor Jurídico**, 25 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento#:~:text=Encerra%2Dse%20hoje%20a%20s%C3%A9rie,o%20E2%80%9Cdireito%20ao%20esquecimento%E2%80%9D.&text=O%20leitor%20poder%C3%A1%20perceber%20algo,dos%20casos%20s%C3%A3o%20bastantes%20variegadas>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. Coimbra: Coimbra, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. **Revista de Direito Penal**, São Paulo, n. 11-12, p. 7-20, jul./dez. 1997.

_____. Sentido e limites da pena estatal. In: VALDÁGUA, Maria da Conceição. **Problemas fundamentais de direito penal**. Coimbra: Veja Universidade, 1986.

_____. **Strafrecht allgemeiner teil**. 4. ed. Münche: Verlag C. H. Beck, 2006.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, Jacarezinho, n. 5, p. 208-216, 2005. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>>. Acesso em: 3 abr. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. In: BONATO, Gilson. (Org.). **Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

_____. Direitos fundamentais: do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. **Revista Consultor Jurídico**. 5 jun. 2015c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

SARMENTO, George. **As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade**. [2012]. Disponível em: <https://www.unisul.br/wps/wcm/connect/f6b4f1bc-2fd6-4f5d-8c33-7e12683ee3c0/direitos-humanos_promidia-cidada_extensao.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 5 abr. 2020.

SCAGLIONE, Antonio. Il regime processuale e penitenziario differenziato per fatti di terrorismo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 2. p. 575-592, 2007.

SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán**. Bogotá: Edições Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

SERRANO, Jesús. **El régimen cerrado**: psicología jurídica penitenciaria. Madrid: Fundación Universidad Empresa, 1997. v. I.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA, Alceu Junior. **Teoria da pena: finalidades**, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

SILVA, Roberto da. **O que as empresas podem fazer pela reabilitação do preso**. São Paulo: Instituto Ethos, 2001. Disponível em: <<https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/26.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal**: criminologia, princípios e cidadania. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOARES, Marcos Antônio Striquer; LIMA, Priscila Rosa. Decisão judiciária: estudo do pensamento de Robert Alexy. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 2, p. 3-16, maio/ago. 2012.

SOBREVILLA, David. El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy. **Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 4, p. 98-113, abr. 1996. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-modelo-juridico-de-reglas-principios-y-procedimientos-de-robert-alexey-0/>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

SOUZA, Edinilsa Ramos de; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Policial, risco como profissão: morbimortalidade vinculada ao trabalho. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 917-928, dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 nov. 2020.

STELZER, Manfred. **Das Wesensgehaltsargument und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Viena: Springer Verlag, 1991.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Habeas Corpus nº 40300-RJ. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 7 jun. 2005. **DJ**, Rio de Janeiro, 22 ago. 2005.

_____. HC 473642 AM 2018/0267418-2. Relatora: Min. Laurita Vaz. **DJe**, Brasília, DF, 16 out. 2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 nov. 2020.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF nº 101/DF**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julgado em: 24 jun. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Agravo em Recurso Extraordinário nº 559.646/PR. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 7 jun. 2011. **DJe**, Brasília, DF, 14 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. Repercussão Geral no RE nº 972.598. Desnecessidade de PAD e Audiência de Justificação. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em: 4 maio 2020. **DJe**, Brasília, DF, 6 ago. 2020. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. RHC 124775 RO 2014. Relator: Min. Dias Toffoli. **DJe**, Brasília, DF, 11 nov. 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 nov. 2020.

SYKES, Gresham M. **The society of captives**: a study of a maximum security prison. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TAVARES, André Ramos. Comentário ao art. 5º, parágrafo único. In: CANOTILHO, José Joaquim de Gomes et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TOLEDO, Claudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. EP 385759720118260000 SP 0038575-97.2011.8.26.0000. Relator: Borges Pereira. Julgado em: 19 jul. 2011. **DJe**, São Paulo, 10 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/index.do;jsessionid=F20AB39BB9B9CBBBD80EF13F2A0329DBB>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Habeas Corpus Nº 2006.04.00.034761-0. Decisão monocrática. Relator: Néfi Cordeiro. Decidido em: 30 out. 2006. **DJU**, Brasília, DF, 7 nov. 2006. p. 428-429.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russel Editores, 2003. t. II.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____ (org.). **Os novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1958.

ZUNINO, Roberto. **L'art. 41-bis ord. Penit.:** il regime di "carcere duro" in equilibrio tra istanze securitarie e tutela delle garanzie Costituzionali. Tesi de Laurea, Università Degli Studi di Genova, Genova, 2016.