

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA MENOR ELEGIBILIDADE EM MATÉRIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS PRESOS E AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

THAÍS GONÇALVES FLORENTINO

**RIO DE JANEIRO
2017, PRIMEIRO SEMESTRE**

THAÍS GONÇALVES FLORENTINO

**O PRINCÍPIO DA MENOR ELEGIBILIDADE EM MATÉRIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS PRESOS E AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestra Renata da Silva Athayde Barbosa.

RIO DE JANEIRO
2017, PRIMEIRO SEMESTRE

THAÍS GONÇALVES FLORENTINO

**O PRINCÍPIO DA MENOR ELEGIBILIDADE EM MATÉRIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS PRESOS E AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestra Renata da Silva Athayde Barbosa.

Data da Aprovação _____ / _____ / _____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017, PRIMEIRO SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

G633p Gonçalves Florentino, Thais
O PRINCÍPIO DA MENOR ELEGIBILIDADE EM MATÉRIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS E AS DECISÕES DO
JUDICIÁRIO BRASILEIRO / Thais Gonçalves Florentino. -
Rio de Janeiro, 2017.
60 f.

Orientadora: Renata da Silva Athayde Barbosa.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Constituição e princípios constitucionais. 2.
Direitos dos presos. 3. Princípio da menor
elegibilidade. 4. Análise de decisões do
Judiciário. I. da Silva Athayde Barbosa, Renata,
orient. II. Título.

CDD 341.4326

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

RESUMO

O presente trabalho busca realizar uma análise crítica a respeito do princípio da menor elegibilidade e a possibilidade de aplicação, haja vista que essa temática afeta grande parte da população carcerária e suas condições de vida na prisão. Serão observados os direitos fundamentais, princípios constitucionais e penais violados pela aplicação de tal princípio, bem como se deu seu processo de criação. Em seguida, serão analisadas duas decisões do judiciário brasileiro nas quais a ideia do princípio da menor elegibilidade está presente.

Palavras-chave: Princípio da Menor Elegibilidade; População Carcerária; Prisão; Direitos Fundamentais; Decisões do Judiciário.

ABSTRACT

This paper aims to develop a critical analysis about Less Eligibility Principle and its possibility of application, once it affects great part of the prison population as well as life conditions in prison. It will be approached the creation process of this Principle and it will be observed the violation of fundamental laws, constitutional principles and penal principles due to its application. Then, it will be analyzed two Brazilian judiciary decisions related to the idea of the Less Eligibility Principle.

Key-words: Less Eligibility Principle. Prison Population. Prison. Fundamental Laws. Judiciary's decisions."

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. CONSTITUIÇÃO, PRINCÍPIOS PENAIS E DIREITOS DOS PRESOS.....	10
1.1. Constituição e Direitos Fundamentais	10
1.2. Disposições constitucionais	13
1.2.1. A dignidade da pessoa humana	14
1.2.2. O princípio da isonomia	16
1.3. Princípios penais e da execução penal	17
1.3.1. Princípio da humanidade	18
1.4. Direitos fundamentais do cidadão preso	21
2. O PRINCÍPIO DA MENOR ELEGIBILIDADE.....	25
2.1. Contexto histórico e surgimento das prisões	25
2.2. Definição do princípio da menor elegibilidade	40
2.3. Doutrina da relação especial de sujeição e doutrina do <i>hands off</i>	42
3. ANÁLISE DE DECISÕES DO JUDICIÁRIO.....	48
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

A forma como os presos são tratados e as condições de vida dentro do cárcere são assuntos que, cada vez mais, vem se expandindo, não só no campo teórico, mas também na área judicial por meio das decisões proferidas. Além de ser uma questão que divide opiniões em nossa sociedade.

Esse tratamento conferido aos presos funda-se na ideia do princípio da menor elegibilidade, que entende que as condições de vida dentro do cárcere devem ser piores que às dos trabalhadores livres. Entretanto, deve-se pensar, diante todas as normas previstas em nosso ordenamento brasileiro, se esse princípio é compatível com todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa presa.

O que a maior parte da população não tem conhecimento é que essa forma de tratar o preso no sistema carcerário, esse pensamento de que as prisões devem ser um lugar que cause sofrimento a quem está lá dentro ou que tenham um caráter aterrorizante, advém de uma construção histórica que permeiam ideais em nossa sociedade até os dias atuais.

O objetivo do presente trabalho é promover uma discussão sobre o tratamento conferido aos presos, mas não baseado em opiniões pessoais para defender interesses próprios, uma vez que se trata de uma discussão muito delicada, afinal envolve pessoas e suas garantias e direitos fundamentais. Logo, o tema necessita de um estudo aprofundado, onde será evidenciado a evolução histórica e contexto no qual foi criado o ideal que dá tema ao presente trabalho.

Para que esse estudo seja realizado teremos como base e fonte de argumentação alguns diplomas legais positivados em nosso ordenamento jurídico, bem como resoluções internacionais que o Brasil incorporou, sendo eles a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Penal de 1940, a Lei de Execuções Penais de 1984, os Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos da ONU, as Regras de Mandela, além de doutrinas específicas sobre o tema.

No primeiro capítulo será abordada de forma específica a temática dos direitos e garantias fundamentais, perpassando pelos princípios da dignidade humana e da isonomia. Superada os pontos constitucionais, será tratado posteriormente sobre os princípios penais e da execução penal, evidenciando o princípio da humanidade. Por fim, será abordada a questão dos direitos fundamentais da pessoa presa.

Já no segundo capítulo trataremos da questão histórica, demonstrando em que contexto e como se deu a criação do princípio da menor elegibilidade, bem como será evidenciado como foi o processo de surgimento das prisões, uma vez que um assunto está diretamente relacionado com o outro. Ao final será pontua a definição do princípio da menor elegibilidade e a doutrina da relação especial de sujeição e a doutrina do *hands off*, para que se entenda melhor como o princípio da menor elegibilidade é aplicado e como esses ideais antigos, que já foram até mesmo “superados”, ainda estão inseridos em nossa sociedade.

Por fim, no terceiro capítulo, será realizada a análise de duas decisões advindas do judiciário brasileiro que ilustram tudo o que foi anteriormente exposto, vale ressaltar que elas serão analisadas com base nos princípios constitucionais e penais, bem como nas resoluções internacionais, expostos no presente trabalho.

1. CONSTITUIÇÃO, PRINCÍPIOS PENAIIS E DIREITOS DO PRESO

1.1. Constituição e direitos fundamentais

Não existe um marco, uma data exata para definir quando ocorreu a limitação de poder do Estado pela primeira vez através de uma Constituição, existem diversas correntes que divergem sobre essa questão.

Para a doutrina tradicional, ocorreu com a *Magna Charta Libertatum*, que foi assinada pelo rei João Sem-Terra, na Inglaterra em 1215, e que foi imposta a ele pelos barões feudais ingleses.

Para Carl Schmitt, a *Magna Charta* não poderia ser considerada a primeira Constituição uma vez que era direcionada apenas para os barões feudais e não para toda a população. Sendo assim, Carl Schmitt considera que a primeira Constituição foi o *Bill of Rights*, feito na Inglaterra em 1688/1689, pois abarcava todos os cidadãos e não apenas uma elite¹.

Karl Loewenstein aponta que a “Lei de Deus”, que surgiu na sociedade hebraica, foi a primeira Constituição, pois ela limitava o poder dos governantes.²

Já para a doutrina positivista, a primeira Constituição foi a Constituição Americana em 1787, que é considerada a primeira Constituição escrita da humanidade. Inicialmente, esta Constituição não possuía nenhuma declaração de direitos, somente com as emendas feitas a ela que eles foram incluídos, principalmente com a Quinta Emenda.

1 CAVALCANTE FILHO, J. T. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**.Net, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.html>. Acesso em: 30 mai. 2017.

2Ibidem,p1,Ibid,p1.

Acerca dos direitos do homem, é importante frisar que a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, teve um importante papel na história, não apenas por ter posto fim no Absolutismo, mas também por difundir a defesa dos direitos dos cidadãos, que culminou na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1791.

Para o professor José Afonso da Silva:

“O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.”³

Assim como é difícil apontar qual a primeira Constituição que limitou o poder do Estado, existe uma dificuldade em dizer qual teoria do direito justifica os direitos fundamentais, uma vez que os direitos básicos do ser humano são defendidos por quase todas as teorias jurídicas.

O jusnaturalismo considera que os direitos fundamentais são pré-positivos, existem mesmo antes da Constituição, pois são direitos que decorrem da natureza humana, sendo assim, existem antes mesmo do Estado reconhecê-los⁴.

Para o Positivismo Jurídico, os direitos fundamentais são os direitos considerados como básicos na Constituição⁵.

3 DA SILVA, J. A.. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 149.

4 CAVALCANTE FILHO, J. T. Ibid.p1.Ibid,p5. 2010. Net, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teori_a_geral_dos_direitos_fundamentais.html>. Acesso em: 30 mai. 2017.

5Ibidem.p.5.

Já para o Realismo Jurídico norte americano, os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente pela humanidade⁶.

Os direitos fundamentais são os direitos positivados no ordenamento jurídico, buscando a igualdade, a dignidade e a liberdade, são os direitos básicos de qualquer pessoa.

Sobre direitos fundamentais o professor José Afonso da Silva entende que:

“Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.”⁷

Direitos fundamentais são considerados uma construção histórica, pois eles variam de acordo com a época e o lugar onde estão sendo colocados em prática.

Sobre essa questão nos ensina Norberto Bobbio:

“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”⁸.

Além da historicidade, os direitos fundamentais são inalienáveis, trata-se de um direito indisponível, a pessoa não pode se desfazer dele ou transferir para outrem. São

6 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 527. apud CAVALCANTE FILHO, J. T. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**.Net, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.html>. Acesso em: 30 mai. 2017

7 DA SILVA, J. A.. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.Ibid, p. 178.

8 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 5-19

também imprescritíveis, pois são sempre exercíveis ou exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição⁹. Por fim, são irrenunciáveis, eles podem até deixar de ser exercidos, porém não se pode renunciá-los.

Desse modo, podemos perceber que nem sempre existiram ou se falaram de direitos fundamentais, entretanto, a partir do momento que eles passaram a ser reconhecidos para todos os cidadãos e que os textos legais passaram a dispor sobre esse tema, eles devem ser igualmente respeitados por todas as pessoas da sociedade, bem como devem ser garantidos a todos, sem distinção, uma vez que são inerentes às pessoas, independente de sua condição ou posição no meio social.

1.2. Disposições constitucionais

A Constituição da República Federativa do Brasil é a norma maior de nosso país, todas as leis nacionais devem se basear nela e por ela são limitadas.

Sobre essa questão, José Afonso da Silva entende que a Constituição:

“é a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.”¹⁰

E continua dizendo que:

“(…) é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.”¹¹

9 DA SILVA, J. A..op.cit.p.181.

10 DA SILVA, J. A. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.Ibid. p. 45.

Nossa Carta Magna apresenta direitos inerentes a todo cidadão. No presente estudo, alguns princípios e garantias abarcados pela Constituição merecem uma maior atenção, uma vez que servem como base para demonstrar quão errada é aplicação do princípio da menor elegibilidade, que é o pressuposto de que as condições de vida das pessoas encarceradas e das pessoas dependentes de instituições assistenciais devem ser inferiores às das categorias mais baixas dos trabalhadores livres¹², e como esse princípio está em desconformidade com nosso ordenamento jurídico, tanto na área Constitucional, quanto na área Penal.

Dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil aquele que mais se destaca para os fins deste trabalho é o representado pelo art. 1º, inciso III, que dispõe sobre a dignidade da pessoa humana. Já entre os direitos e garantias fundamentais, é importante ressaltar no art. 5º, caput e o inciso XLIX, que dispõem, respectivamente, sobre a igualdade e o respeito à integridade física e moral dos presos.

Os dispositivos supracitados servem para demonstrar que a lógica da menor elegibilidade não deveria ser aplicada às pessoas encarceradas e dependentes de instituições assistenciais em razão dos seus direitos fundamentais, que são constitucionalmente estabelecidos.

A seguir serão analisados os princípios e direitos e garantias fundamentais supracitados, de forma individual.

1.2.1. A Dignidade da Pessoa Humana

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, III, CF, bem como está reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A dignidade da pessoa humana é um princípio muito aberto, ele não pode ser conceituado de forma específica, ele é considerado um princípio básico que justifica a

11 DA SILVA, J. A..São Paulo: Malheiros Editores, 2005.Ibidem. p. 46.

12 RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 14

existência dos direitos fundamentais, esse princípio reconhece a todos os seres humanos direitos básicos, que são os direitos fundamentais. Vale ressaltar que a doutrina majoritária entende que os direitos fundamentais advêm da dignidade da pessoa humana.

Como dito anteriormente, esse princípio é muito aberto e difícil de conceituar, Ingo Wolfgang Sarlet atribui o seguinte significado à dignidade:

“(…) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹³

O professor Marcelo Novelino entende que a dignidade da pessoa humana:

“(…) constitui o *valor constitucional supremo* e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular.”¹⁴

O referido autor ainda vai adiante e ensina:

“(…) na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. O indivíduo deve servir de "limite e fundamento do domínio político da República", pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado”.¹⁵

Desse modo, podemos entender que esse princípio trata a pessoa como foco, o indivíduo ou a coletividade deve ser a prioridade para do Estado.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

14 DA CUNHA JUNIOR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos**, p. 15. 6ª Ed. Salvador: Ed. JusPodvum, 2015. p. 15.

15 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2012. p.380

A dignidade da pessoa humana é um princípio irrenunciável e inalienável, ela deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida pelo Estado.

Insta salientar que esse princípio não possui importância somente em relação aos estudos constitucionais, ele também influencia na área do Direito Penal, como bem aponta Ingo Sarlet:

(...) não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independente das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, viste que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.”¹⁶

O entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana se faz muito importante para o presente estudo, pois o princípio da menor elegibilidade pressupõe que a pessoa presa esteja em uma posição inferior às pessoas em liberdade, por exemplo, a condição de vida a que é submetida, logo a dignidade desse cidadão seria diretamente atingida, o que não deveria ocorrer, haja vista o princípio da isonomia que será discutido a seguir.

1.2.2. Princípio da Isonomia

O princípio da igualdade ou isonomia é considerado um direito fundamental de 1ª geração, esses direitos foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, eles são direitos relacionados às pessoas, individualmente. Esse princípio constitui a base fundamental de Estado Democrático de Direito.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid.*, p.45. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A maior parte das Constituições só reconhecia o princípio da isonomia sob seu aspecto formal, ou seja, reconhece apenas a igualdade perante a lei, uma vez que um Estado Democrático de Direito não permite distinções e privilégios, como em um Estado Liberal, sendo assim, esse princípio iria contra os interesses da burguesia, que visa o domínio de classes.

Em nosso ordenamento jurídico existe a isonomia formal e a isonomia material. A isonomia formal é a igualdade perante a lei, onde a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.¹⁷ Já a igualdade material é o meio pelo qual essa igualdade formal será concretizada, é o tratamento igualitário de todos os seres humanos, bem como a igual concessão de oportunidades para todos os indivíduos. Um exemplo de igualdade material é o artigo 3^o¹⁸ da nossa Constituição.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em seu artigo primeiro, afirma que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

O princípio da isonomia ou igualdade é um princípio muito amplo e deve ser levado em conta por todos os operadores do direito, não só na área constitucional ou na penal, mas em todos os segmentos. Sua interpretação deve considerar a existência de desigualdades e injustiças, pois apenas desse modo alcançar-se-á uma igualdade plena, de modo que a igualdade não será somente perante a lei.

Assim como a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia tem uma grande importância no Direito Penal no tocante aos direitos do preso, como disposto no

17 DA SILVA, J. A..São Paulo: Malheiros Editores, 2005.,Ibid. p. 214.

18 BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01.jun.2017.

artigo 3º, caput e parágrafo único¹⁹ e no artigo 41, inciso XII²⁰, ambos da Lei de Execuções Penais, onde este último artigo deve ser interpretado não só abrangendo a isonomia entre os presos, mas também entre eles e as pessoas livres.

1.3. Princípios penais e da execução penal

Ultrapassadas as disposições constitucionais existentes em nossa Carta Magna, iniciar-se-á uma análise dos princípios penais e da execução penal, que são capazes de concretamente tutelar direitos fundamentais das pessoas condenadas.²¹

Segundo Luiz Regis Prado:

“Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.”²²

Para o professor Rodrigo Roig, os princípios da execução penal são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas.²³ E continua dizendo:

“(…) jamais um princípio da execução penal pode ser evocado como fundamento para restringir direito ou justificar maior rigor punitivo sobre as

19 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 01.jun.2017.

20 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília – DF. Ibid.

21 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 29.

22 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 1**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 128-129

23 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid.,p. 29

pessoas presas. Princípios são escudos normativos de proteção do indivíduo, não instrumentos a serviço da pretensão punitiva estatal, muito menos instrumentos de governo da pena.”²⁴

Verifica-se que os princípios não são somente ideologias a serem adotadas, mas sim garantias do cidadão que devem ser respeitadas.

O princípio penal, em foco no presente estudo, é largamente violado com a menor elegibilidade, conforme será demonstrado à frente. Dentre a gama de princípios penais existentes, aquele que se destaca no tema estudado é o da humanidade.

1.3.1. Princípio da humanidade

Ao longo dos séculos houve uma grande mudança na forma de aplicação das penas, o que antes eram penas de morte e penais corporais, passam a ser penas privativas de liberdade e posteriormente até penas alternativas, como por exemplo, as penas restritivas de direitos, entre elas as prestações de serviços à comunidade.

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal.²⁵

Para assegurar essa humanidade das penas e para que a dignidade humana, que é o fundamento material desse princípio, fosse ratificada, foram criados diversos diplomas legais que tratavam do referido assunto, como a Declaração dos Direitos do Homem, em seu artigo 5^o²⁶, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, em seu artigo 7^o²⁷ e

24 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid.,p. 29., Ibidem p. 30

25 PRADO, Luiz Regis. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Ibid., p. 142

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01.jun.2017.

27 BRASIL. Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992. Brasília – DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 01.jun.2017.

no artigo 10º, item 1²⁸, a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que define e pune a tortura, as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, em sua regra 31²⁹, entre outros.

O princípio da humanidade está presente em todos esses diplomas legais supracitados e em vários outros.

Este princípio advém do princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, III, da CF e serve como base para os demais princípios penais.

O professor Rodrigo Roig ensina que:

“Em sede de execução penal, o princípio funciona como elemento de contenção da irracionalidade do poder punitivo, materializando-se na proibição de tortura e tratamento cruel e degradante (art. 5º, III, da CF), na própria individualização da pena (art. 5º, XLVI) e na proibição das penas de morte, cureis ou perpétuas (art. 5º, XLVII).”³⁰

Para Helena Regina Lobo da Costa:

“(…) o princípio da humanidade determina a proibição de penas que violem nuclearmente a vida, a integridade física e psíquica, a autonomia ou a igualdade de modo a subjugar a pessoa, destacando que, no que se refere à liberdade, este princípio determina que sua restrição deve ser limitada à liberdade de locomoção, respeitando-se a liberdade de pensamento, de crença, de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção. Com efeito, o princípio da humanidade veda não apenas a pena de morte, mas também penas perpétuas ou de caráter perpétuo, em que não há esperança de reconquistar, por bom comportamento, a liberdade.”³¹

28 BRASIL. Decreto n º 592, de 6 de julho de 1992. Brasília – DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 01.jun.2017.

29 Regra 31 - As penas corporais, a colocação em "segredo escuro" bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares.

30 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid., p. 32

31 COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.65

A obrigação de usar uniformes em cores chamativas, de se manter de cabeça abaixada e em silêncio absoluto, de se cortar o cabelo, barbas e bigodes dos presos do sexo masculino, entre outros, são claras infringências a dispositivos constitucionais, logo também infringem o princípio da humanidade, no entanto essas são práticas comuns do nosso sistema penal.

Nesse ponto vale citar o Labelling Approach ou Teoria do Etiquetamento. Essa teoria surgiu nos Estados Unidos no início de 1960 como resultado de mudanças sociocriminais que o direito penal sofreu. Ela criticava o antigo paradigma etiológico, que fazia uma análise do criminoso de acordo com as suas características individuais. Com essa teoria passa-se a analisar o sistema penal e o fenômeno do controle, observa-se, a partir daí, o indivíduo como membro da sociedade, não apenas seu lado particular.³²

Com essa teoria a criminalidade é vista como consequência da intervenção do controle formal, que é realizado pela Polícia e o Ministério Público. Entretanto, esse controle é restrito a determinados atos e indivíduos, mormente em razão de seu status social (com maior facilidade os setores sociais marginalizados são tratados como delinquentes). Além disso, esse controle “tende a impor um estereótipo ao indivíduo que teria cometido o ato criminalizado, o que seria capaz de mudar drasticamente sua identidade pessoal perante a sociedade”³³, o indivíduo é rotulado como um desviante pelo sistema.

“As reações ao desvio passam por cerimônias degradantes – rituais a que o acusado é submetido e que atingem diretamente sua autoestima. Uma destas reações pode ser o recolhimento do indivíduo à prisão (de forma temporária ou definitiva), que gera um processo institucionalizador, isolando o indivíduo da sociedade além-muros e fazendo-o seguir uma rotina de obediência e submissão. A longa permanência do acusado em instituições totais (como as

32 SILVA, Raissa Zago Leite da. Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. *Net*, São Paulo, 2015. IBCCRIM. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo>. Acesso em 16.jun.2017.

33 SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. *Net*, 2014. IBCCRIM. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos> Acesso em 16.jun.2017.

prisões e manicômios) fará com que este sofra um processo de desculturação, rebaixamentos e humilhações. A pessoa perde sua identidade, de modo que não mais se concebe como antes era, é despojado de seus pertences e valores, o que a leva a carregar uma nova persona.”³⁴

Sobre essa questão, Rodrigo Roig aponta que:

“Em nosso país, soa paradoxal a relação entre execução da pena e humanidade, pois com os cárceres e agências do sistema penal que possuímos, a injunção da pena privativa de liberdade acaba por prescrever a própria violação de direitos humanos. Os cárceres, na verdade, como observado por Haberle, desafiam não apenas a dignidade do homem (concretamente considerado), mas a dignidade (abstrata) da própria humanidade.”³⁵

O princípio da humanidade das penas prevê a proibição da aplicação de penas que sejam desumanas ou degradantes, desse modo, esse princípio funciona como certo limite à intervenção punitiva ao modo de punir, estando diretamente ligado ao princípio da dignidade humana.

Diante do exposto, podemos entender que o princípio da humanidade busca uma redução de danos da vida no cárcere, tentando conservar os direitos e garantias individuais dos presos, buscando, entre outras coisas, assegurar o respeito à integridade física e moral dos presos, conforme disposto no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal.

1.4. Direitos fundamentais do cidadão preso

Nossa Constituição 1988, além dos direitos civis e políticos, incluiu também os direitos sociais, consagrando, desse modo, os direitos e garantias fundamentais. Dentre esses direitos e garantias, existe a vedação as penas cruéis, disposto no artigo 5º, XLVII, e, CF/88, e a garantia ao cidadão preso de respeito à sua integridade física e moral, disposto no artigo 5º, XLIX, CF/88.

34 SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. *Net*, 2014. IBCCRIM. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos> Acesso em 16.jun.2017.

35 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *Ibid.*, p. 37

Entretanto, desde antigamente, o poder estatal se vale das prisões e das penas como uma forma de controle e para manter a ordem. Mesmo após o advento de nossa Magna Carta, com todos os direitos fundamentais positivados, o Estado continua agindo dessa forma, mesmo quando os direitos fundamentais adquirem a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.³⁶

Em nossa Constituição, o tratamento degradante e desumano foi abolido, entretanto, o preso muitas vezes é tratado como um objeto, ele é coisificado, ele deixa de ser um indivíduo dotado de direitos e passa a viver em um mundo onde o Estado está constantemente intimidando-o, sob o argumento de manutenção da ordem e segurança social.

Essa situação ocorre, pois muitas vezes o preso não é mais visto como alguém que possui todas as suas garantias constitucionais asseguradas pela simples razão de ter tido sua liberdade restringida, entretanto, esse cenário não pode continuar sendo aceito, uma vez que a pessoa encarcerada é dotada de dignidade, que é um bem jurídico absoluto, inerente à pessoa, e precisa ser reconhecido como tal.

A sentença penal atinge somente a locomoção do preso, logo, o único direito atingido é o direito a liberdade, desse modo, todos os outros direitos que o preso possui como cidadão devem ser mantidos, desde que não sejam incompatíveis com a liberdade, é o que dispõe o artigo 3^o³⁷, caput, da Lei de Execuções Penais.

Ademais, o artigo 38 da Lei n^o. 7.209/1984 corrobora o supracitado artigo da Lei de Execuções Penais, bem como o artigo 5^o, XLIX, CF/88, onde dispõe que “o preso

36 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 19. apud. DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 03.jun.2017.

37 BRASIL. Lei n^o 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 01.jun.2017.

conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

É notoriamente sabido que as cadeias e presídios estão superlotados, operando muito acima de sua capacidade, onde as celas abrigam mais que o dobro de sua capacidade, logo, a integridade física e moral do preso não são asseguradas³⁸. O Estado se diz tão preocupado em manter a segurança e a ordem pública, que não se importa com a situação degradante e desumana que o preso é submetido, ignorando seus direitos básicos.

Fácil perceber que as pessoas encarceradas não perdem “apenas” sua liberdade, estar submetida constantemente a essas humilhações, a esses tipos de tratamentos, faz com que a pessoa perca sua dignidade. Possivelmente, esse é um dos motivos do elevado número de reincidências, pois a pessoa cumpre sua pena na prisão sendo humilhado e degradado diariamente, quando sai da prisão, ela está acostumada com aquela situação, desse modo acaba não conseguindo de readaptar a sociedade e acaba recorrendo ao mundo do crime novamente³⁹.

Para Cezar Roberto Bitencourt, a prisão ao invés de “frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”, e continua dizendo que a prisão não traz “nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações”⁴⁰.

Nossa Constituição de 1988 é considerada uma Constituição cidadã, onde não se permite as penas cruéis e garante a integridade física e moral dos cidadãos-presos,

³⁸Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-03/superlotacao-de-prisoos-no-brasil-e-pauta-no-conselho-de-direitos>> e < <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789>> Acesso em 13.jun.2017.

³⁹ DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em 03.jun.2017.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 157

entretanto, ao se observar as condições das cadeias e prisões, das celas onde os presos vivem, concluí-se facilmente que essa integridade, que é garantida constitucionalmente⁴¹, não é respeitada.

Importante ressaltar que não somente a garantia à integridade física e moral e a dignidade do preso são desrespeitadas, existe também uma clara violação ao princípio da presunção de inocência⁴², que também é uma garantia constitucional, uma vez que o preso é submetido ao cárcere muito antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, na maior parte dos casos o preso é submetido ao cárcere antes mesmo de ser sentenciado, desde o início do processo criminal.

“Segundo Luigi Ferrajoli, cada vez que um inocente tem razão em temer a um juiz, significa que este se encontra fora da lógica do Estado de Direito: o medo, a desconfiança e a não garantia de inocência indicam a quebra da função própria da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam, por isso a presunção de inocência precisa ser (re) afirmada, para superação da crise de legitimidade do poder judicial e restituição do papel de garantes dos direitos fundamentais aos juízes.”⁴³

A Constituição serve como base para todo o nosso ordenamento jurídico e, como já mencionado anteriormente, dispõe sobre a garantia dos direitos fundamentais, proibindo as penas cruéis, em síntese, respeita a dignidade do ser humano. Porém, na prática isso não é observado, não existe uma preocupação com preso, as prisões se assemelham a depósitos de gente, isso se deve ao fato de, como dito outrora, os cidadãos-presos serem considerados coisas, e como tal, não precisam ter suas garantias respeitadas.

41 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01.jun.2017.

42 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01.jun.2017.

43 FERRAJOLI, Luigi. Derecho Y Razón. Teoria de garantismo penal. Madri: Trotta, 2000, p. 557-558. apud. DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>.

Não se está aqui a pretender qualquer tipo de regalia aos presos, entretanto essas pessoas possuem direitos e garantias fundamentais que devem ser colocados em prática, devem ser reconhecidos, protegidos e concretizados, pois temos uma Magna Carta que é considerada uma das mais evoluídas, contudo, seus dispositivos legais não conseguem ser efetivados, basta observar os direitos fundamentais, que estendem-se a todos os cidadãos, inclusive aos presos, mas que não são reconhecidos.

“Diante disso, no momento em que se defende a garantia dos direitos fundamentais, e o respeito à dignidade do cidadão-presos, é necessário que o Direito Penal seja interpretado à luz da Constituição e compreendido como ultima ratio, no sentido de atuar apenas quando os demais ramos do Direito forem incapazes de tutelar os bens relevantes à vida do indivíduo e da própria sociedade. Do contrário, continuará servindo como instrumento de exclusão social, e em pouco tempo não haverá mais lugar para o homem nas casas prisionais.”⁴⁴

Nossa sociedade vive um individualismo muito grande, que é característico de um Estado Liberal, e não consegue rompê-lo, bem como se mantém atrelada a práticas discriminatórias, desumanas e até mesmo cruéis. Assim sendo, faz-se necessário que o julgador comprometa-se com a correta e eficaz aplicação dos direitos fundamentais, para que eles deixem de ser apenas normas positivadas e passem a exercer o papel para o qual foram criados.

Ante todo o exposto, é fácil concluir que as pessoas presas estão submetidas a uma situação de vida crítica. Essa questão somente será resolvida quando tivermos um efetivo Estado Democrático de Direito, que deixe de ser apenas uma previsão constitucional e passe a garantir, de forma eficaz, o cumprimento dos princípios, garantias e direitos contidos em nossa Constituição para todos os brasileiros e não somente para uma parcela deles.

2. PRINCÍPIO DA MENOR ELEGIBILIDADE

2.1. Contexto histórico e surgimento das prisões

44 DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>.

Na Idade Média, os métodos de punição mais utilizados eram os de fiança e indenização, progressivamente, esses métodos deram lugar a um sistema mais duro, que era baseado na punição corporal e capital, sendo estes também substituídos, por volta do século XVII, por outro sistema, que foi o de aprisionamento.⁴⁵

Segundo Georg Rusche e Otto Kirchheimer “os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico.”⁴⁶

A Europa Ocidental e Central, a partir do ano de 1200, viu sua população aumentar rapidamente, entretanto, as classes subalternas continuaram com condições sociais relativamente favoráveis.⁴⁷

As constantes demandas por força de trabalho dos germânicos ao colonizarem os territórios da Europa Oriental, permitiram à população agrícola de outras províncias que fugissem dos senhores feudais que as pressionavam. Esse processo de fuga fez com que os senhores feudais passassem a tratar seus servos com mais cuidado. A relação entre eles possuía um caráter tradicional, que correspondia a uma relação legal. Isso era feito para se evitar tensões sociais.⁴⁸

Nessa época, o direito criminal exercia o importante papel de preservação da hierarquia social, onde deveria manter a ordem pública entre iguais em status e bens. A principal preocupação do direito criminal era de preservar a paz, pois o crime era tido como uma ação de guerra. O método escolhido para regular essa paz era da arbitragem

45 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 23

46 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 23

47 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 23

48 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 23., p. 24

privada, ou seja, quando algo ocorria, era montada uma reunião solene de homens livres e eles julgavam e faziam o culpado pagar ou reparar a culpa para que isso não evoluísse para algo maior, sendo assim, optava-se pela imposição de fianças.

Essas fianças eram fixadas de acordo com o status social do malfeitor e da parte ofendida. Essa diferenciação de classes logo se tornou o principal motivo para a criação do sistema de punição corporal, pois os malfeitores, quando eram de classes inferiores, não conseguiam pagar a fiança em moeda, desse modo, a fiança era substituída por castigos corporais, como por exemplo, o aprisionamento. Com isso, o sistema penal passou a ser apenas para uma parcela das pessoas e a prisão passou a ser vista como uma forma de castigo corporal.⁴⁹

No século XV, as condições das classes subalternas começaram a se modificar e tornaram-se menos favoráveis.

O problema de queda da população, causado pela peste negra, já estava superado e a população urbana crescia rapidamente, graças ao êxodo rural. Em razão disso, cresceu também o número de desempregados, desvalidos e despossuídos⁵⁰.

Essa mudança se deu por vários motivos, mas o principal deles foi o esgotamento do solo e o decréscimo da colheita, uma vez que quando se tinha uma população menor, era possível ocupar novas terras enquanto as terras que já haviam sido cultivadas estavam recuperando sua fertilidade. Porém, quando a população cresceu, as novas terras conquistadas ficavam permanentemente ocupadas, logo foi necessário implantar um sistema onde um terço da terra ficava parado, decrescendo, assim, a colheita.

Assim sendo, as necessidades da população urbana não eram mais atendidas pela agricultura ocidental, aumentando a importação de grãos mais baratos. Como os senhores de terra não conseguiam negociar seus produtos na região, eles permitiam,

49 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 24., p.,25

50 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 27

mediante o pagamento de um valor, que pequenos fazendeiros usassem seu solo. Desse modo a agricultura tornou-se lucrativa e a terra um bem valioso.

Com o crescimento da população, houve um aumento da reserva de trabalho e isso possibilitou aos senhores de terras abaixarem o nível de vida dos camponeses que dependiam dele. O fechamento dos campos também influenciou na piora da condição de vida das classes subalternas.

O crescimento da população urbana era muito grande e a área das cidades não estava comportando, com isso muitos imigrantes ficaram nas estradas e tornaram-se errantes, vagabundos e mendigos. Estas pessoas tinham como único recurso reunir-se aos bandos de mercenários que começavam a surgir⁵¹.

Nessa época, ocorreram importantes mudanças sociais, como o desenvolvimento da forma de produção e a opressão dos assalariados, essas mudanças causaram as quedas dos salários, que acabaram gerando conflitos como as greves que reivindicavam melhores salários.

Esses conflitos ensejaram a criação de leis criminais mais duras, que eram direcionadas contra as classes subalternas. O sistema de fiança e punições corporais se manteve, todavia a lei era aplicada de acordo com a classe social da pessoa, caso a pessoa fosse mais pobre, o tratamento era mais severo, caso fosse membro de uma classe dominante, eram feitas negociações para que se chegasse a um acordo, até mesmo quando para determinado caso era prevista a pena de morte, ou seja, para as classes dominantes a lei era mais tolerante.

Em síntese, as pessoas que possuíam recursos suficientes, conseguiam comprar sua liberação da punição, ou seja, na prática a fiança era voltada aos ricos, enquanto que aos pobres o meio de punição era o castigo corporal. Quanto mais pobres as pessoas eram, mais duros eram os castigos. As execuções, mutilações (que serviam para identificar os criminosos) e açoites, gradualmente, tornaram-se a regra da punição, o que até o século XV era usado em casos extremos, nesse momento tinha virado uma medida comum.

Para Rusche e Kirchheimer:

51 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 28

“Todo o sistema penal da Baixa Idade Média deixa claro que não havia escassez de força de trabalho, pelo menos nas cidades. Como o preço da mão de obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor. A luta renhida pela sobrevivência moldou o sistema penal de tal forma que este se constituiu num dos meios de prevenção de grandes crescimentos populacionais. (...) o sistema agia como um tipo de terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes altas consideravam inadequados para a sociedade.”⁵²

No fim do século XVI esses métodos começaram a sofrer certas mudanças, pois se passou a perceber que o trabalho dos prisioneiros, que estava à disposição das autoridades, poderia ser explorado, como o emprego de escravidão nas galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados.

Começaram a surgir grandes setores urbanos e passou a existir uma demanda cada vez maior de determinados bens de consumos. Com essa demanda e com o crescimento do sistema financeiro, deu-se início a uma extensão de mercados.

Devido às guerras religiosas, como a Guerra dos Trinta Anos, e outras situações internas, o crescimento da população foi abalado. Na metade do século XVI o crescimento demográfico não conseguiu acompanhar o nível das possibilidades de emprego.

Com isso, houve uma grande falta de força de trabalho, fazendo com que os proprietários pagassem salários muito altos, tão altos que o nível de vida dos trabalhadores era melhor que dos próprios proprietários. A falta de mão de obra qualificada era tanta, que determinadas empresas precisaram fechar. Além disso, houve uma melhora na condição de vida dos trabalhadores do campo e da cidade.

No período mercantilista, para conseguir força de trabalho, os capitalistas deveriam pagar altos salários, bem como garantir condições de trabalho favoráveis.

“O início do desaparecimento da reserva de mão de obra representou um duro golpe para os proprietários dos meios de produção. Os trabalhadores tinham o poder de exigir melhorias radicais em suas condições de trabalho. A acumulação de capital era necessária para a expansão do comércio e da manufatura, mas estava sendo obstaculizada pela resistência que as novas

52 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 39

condições permitiam. Os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital. As classes dominantes usaram todos os meios para superar as condições do mercado de trabalho. Introduziram-se várias medidas rigorosas restringindo a liberdade individual.”⁵³

Tais medidas constituíram uma importante estratégia para a resolução da falta de força de trabalho.

Dessas medidas, a mais importante foi a que estimulava a taxa de natalidade, pois com um alto número de nascimentos, a falta de trabalhadores seria reduzida. Aumentar a população se tornou quase uma missão dos governantes, uma das tarefas mais importantes era fazer tudo que fosse possível para se combater a pobreza, de modo que o casamento fosse estimulado e que todos os casais gerassem muitos filhos. Para isso eram realizadas festas populares, redução de impostos, até mesmo proibição ao clero de punir as mães solteiras e de serem consideradas como sem reputação, bem como a abolição de medidas relacionadas à moralidade pública.

A falta de mão de obra se tornou tão séria que o exército começou a ser reforçado com criminosos, se eles possuíssem uma boa qualificação física passavam a integrar o exército, que passou a ser considerado como uma forma de organização penal.

Ademais, a emigração de trabalhadores era terminantemente proibida, caso essa emigração ocorresse, haveria o sequestro e o confisco da propriedade desse trabalhador emigrante, podendo até ser condenado a pena de morte. Em contrapartida, para os imigrantes, as condições eram as melhores possíveis.

A carência de força de trabalho na indústria era tão grande que passaram a utilizar até mesmo o trabalho infantil, a partir do momento em que a criança estivesse apta, ela era colocada para trabalhar, elas acabaram virando mercadoria de troca, chegavam até mesmo a serem alugadas.

Devido à crescente falta de força de trabalho, houve, no fim do século XVI, uma pressão por mudanças em relação ao tratamento dos pobres.

53 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 47

Segundo Rusche e Kirchheimer:

“As queixas características da Baixa Idade Média quanto aos delitos contra a propriedade e outros crimes graves cometidos por criaturas desesperadas, sem meios de subsistência, dão lugar a queixas sobre o ócio de mendigos, que implicava perdas para o país.

As pessoas que perambulavam e mendigavam e se dirigiam às cidades em busca de condições de vida mais favoráveis durante o período mercantilista nem sempre estavam aptas a se defender da opressão social, exceto em tempos de crise. Se as condições oferecidas pelos empregadores pareciam muito duras, elas preferiam a caridade privada ao trabalho regular. Nessa época, o pagamento a mendigos, como os seguros-desemprego de hoje em dia, ficavam abaixo do limite a que os salários podiam chegar, frequentemente trabalhadores tornavam-se mendigos quando queriam férias por um período longo ou curto de tempo, ou quando recuperavam o fôlego enquanto procuravam um emprego melhor ou mais agradável.

Em toda parte havia queixas amargas sobre a escassez de mão de obra causada pela mendicância.”⁵⁴

Nesse momento, tentava-se impedir a recusa dos pobres em oferecerem sua força de trabalho, devido aos baixos salários, e preferirem mendigar. Para isso foram estabelecidas penalidades para quem largasse o emprego e se tornassem mendigo.

Com isso, Rusche e Kirchheimer concluem que:

“(…) a adoção, em fins do século XVII, de um método mais humana de repressão à vadiagem, a instituição da casa de correção, constituía também uma nova mudança nas condições econômicas gerais. A nova legislação para a mendicância expressava uma nova política econômica. Com a ajuda da máquina legislativa e administrativa, o Estado usou com novos propósitos o contingente de trabalhadores que estava a seu dispor.”⁵⁵

As casas de correção foram implantadas para fazer com que aqueles trabalhadores que, por exemplo, trabalhavam quatro dias por semana e passavam o resto descansando, pois estavam satisfeitos com os ganhos daqueles dias de trabalho, utilizassem toda sua força de trabalho, atendendo assim a demanda da indústria, uma vez que eles eram levados a acreditar que o trabalho é a essência da vida, entretanto muitos trabalhadores não acolheram essa teoria.

54 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 66-67

55 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 67

Sobre as casas de correção, Rusche e Kirchheimer dizem:

“A essência a casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-as socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiriam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente.

O segmento visado era constituído por mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões.”⁵⁶

As casas de correção podiam ser administradas pelas próprias autoridades ou então havia um empregador privado para quem os reclusos eram entregues. Dentro dessas casas, os internos homens eram colocados para raspar madeira, com a finalidade de tingir tecidos.

No século XVIII, as manufaturas de lã foram consideradas muito promissoras, desse modo, foram introduzidas em diversas casas de correção, com isso, as internas mulheres, que eram compostas geralmente por prostitutas e mendigas, foram utilizadas nos teares.

Algumas dessas casas deixavam claro que o objetivo delas era desenvolver a produção têxtil do país, uma vez que faltavam tecelões. Esse interesse econômico influenciava diretamente nas condições de vida dos prisioneiros, que eram reduzidos a níveis muito baixos, pois essas instituições deveriam ter um sucesso financeiro e para isso os internos eram submetidos a longos períodos de trabalho, bem como recebiam comida apenas como retorno pelo trabalho realizado. O Estado estava mais preocupado com seus interesses financeiros do que com a reforma dos internos.

As casas de correção produziam bens a baixo custo por meio de mão de obra barata, desse modo, tornaram-se muito importantes para a economia nacional, uma vez que os salários baixos e o treinamento de trabalhadores sem qualificação incrementavam a produção capitalista.

56 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 69

Como já falado anteriormente, as formas da pena foram se modificando ao longo do tempo e com isso foi-se percebendo que não era sábio executar os criminosos, uma vez que seu trabalho era mais lucrativo que sua morte.

A servidão nas galés era o meio comum de punição escolhido para os falsários, ladrões, assassinos, entre outros, isso porque se entendia que dessa forma eles estariam pagando por seus pecados, bem como era uma forma de empregar a mão de obra deles de uma forma lucrativa. Até porque as galés eram baseadas em interesses econômicos e não penais, haja vista o motivo de introdução das galés, que foi para se ter força de trabalho necessária nas condições mais baratas possíveis.

Acerca desse assunto, Rusche e Kirchheimer falam que:

“O objetivo predominante das galés era, também, obter o maior proveito possível da força de trabalho. Um decreto francês de 1664 assenta que a sentença mínima para as galés era de dez anos. O argumento era de que esses homens precisavam primeiro acostumar-se com os remos e, então, seria tolice libertá-los justamente quando começavam a ser úteis ao Estado. Um decreto veneziano de 1588 aborda este simples problema econômico de outra maneira: estabelece que a servidão nas galés deve ser de doze anos, pois os condenados estariam inaptos para realizar o trabalho requerido por um período maior, e ainda teriam de ser vestidos e alimentados sem um retorno adequado sob a forma de força de trabalho, a opinião nessa época era de que a libertação do condenado às galés – caso sobrevivesse a tudo, o que era bastante improvável – era determinada na prática somente pela circunstância de se saber se o prisioneiro estava ainda apto ou não.”⁵⁷

No século XVIII a servidão nas galés diminui bastante devido uma série de motivos. Existia a opinião, no século XVII, de que as galés eram mais humanas do que a prática criminal anterior (as penas capitais, corporais e a pena de morte), sendo assim, essa punição não só atendia aos interesses do Estado, mas também aos condenados.

Entretanto há quem questione essa opinião de que as galés eram mais humanas, argumentando que os serviços nas galés estavam mais relacionados à pena corporal do que com o encarceramento.

57 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 87

“Os textos dos decretos e ordens tornaram claro que a substituição da pena capital pelo trabalho forçado nas galés foi o resultado da necessidade de mais remadores e não de considerações humanitárias. Tanto que previam a comutação apenas baseada na força física do condenado, e circunstâncias pessoais especiais não justificavam a clemência.”⁵⁸

O trabalho forçado nas galés era tão degradante que, para evitá-las, os condenados começaram a se auto-multilar, isso porque o trabalho forçado nas galés era correspondente a uma morte lenta e dolorosa. Essa prática ficou tão comum que foi feito um decreto onde era prevista a pena de morte para quem se auto-multilasse.

Ante o exposto, Rusche e Kirchheimer entendem que:

“(…) a sentença para as galés era o caminho mais racional para obter-se mão de obra para um serviço que seria rejeitado por um trabalhador livre, mesmo quando enfrentasse péssimas condições econômicas. A recuperação dos condenados não tinha qualquer papel no estabelecimento e posterior desenvolvimento da servidão nas galés.”⁵⁹

Durante toda a Idade Média e no início da Idade Moderna, tinha-se o pensamento de que as prisões existiam apenas para prender os homens e não para que eles fossem punidos.

“A primeira forma de prisão estava, então, estreitamente ligada às casas de correção manufatureiras. Uma vez que o objetivo principal não era a recuperação dos reclusos mas a exploração racional da força de trabalho, a maneira de recrutar internos não era o problema central para a administração. Nem tampouco as considerações para a libertação importavam. (...) Trabalhadores aptos cuja manutenção e treinamento envolvessem despesas consideráveis deviam ser retidos tanto tempo quanto possível. A duração do confinamento era, entretanto, fixada arbitrariamente pelos administradores em todos os casos (...).”⁶⁰

A implantação dos aprisionamentos se deu pelo fato de ser necessário um tratamento especial para as mulheres e para que fosse feita uma diferenciação de tratamento para os diferentes níveis sociais. O encarceramento nessas casas de correção

58 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 88

59 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 89

60 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 99

tinha o objetivo de salvaguardar os membros das classes privilegiadas, para que não fossem humilhados com castigos corporais ou até mesmo com a escravidão nas galés.

Importante ressaltar que, apesar dos motivos supracitados, a principal razão para o encarceramento como método de punição ter sido implementado era o lucro, uma vez que o Estado não possuía nenhum interesse na justiça criminal, não esperava nenhum benefício do sistema penal, o Estado lidava com prisioneiros da forma mais econômica que fosse possível. Sendo assim, o encarceramento passou a fazer parte de um setor vantajoso da economia, o que fez com que ele fosse usado como forma regular de punição.

Nesse momento, o trabalho dentro das prisões era visto como um favor concedido ao preso, que era mantido com o nível de vida muito abaixo do mínimo. Inclusive, esse rebaixamento de nível de vida foi um dos princípios norteadores da prática criminal francesa e se mantém até os dias atuais.

Na segunda metade do século XVIII, a força de trabalho como base do sistema penal estava desaparecendo, junto a isso surgiu um movimento para a reforma do direito penal.

Inicialmente as casas de correção eram limpas, tinham uma ordem mantida e eram bem administradas, entretanto, com o decorrer do tempo e após terem se espalhado pela Europa, começaram a decair e chegaram a um estado lastimável.

Até o final do século XVIII, o encarceramento permaneceu substituindo os castigos físicos e a pena de morte. As casas de correção desvirtuaram o seu verdadeiro propósito, caso eles tivessem realmente sido usadas como um lugar de punição, o sistema carcerário teria se desenvolvido e prosperado, entretanto elas atuavam também como instituições de caridade e casas para pobres.

Quando as casas de correção surgiram, as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas, todavia, a necessidade de força de trabalho foi suprida, gerando até mesmo um excedente de mão de obra, e a situação que se tinha no início foi modificada. O que as classes altas buscaram durante tanto tempo, passou a ser

satisfeita, pois não se tinha mais a falta de trabalhadores, pelo contrário, agora os trabalhadores que tinham que sair para procurar emprego.

“A introdução de máquinas a vapor naquele momento estava destinada a produzir efeitos catastróficos. Começou pela indústria têxtil. O tear doméstico (home spinning), que costumava ocupar distritos inteiros, era incapaz de satisfazer a demanda por fios da indústria têxtil. A introdução de teares mecânicos incrementou a produção por trabalhador empregado num tal grau que tornou possível desenvolver a indústria têxtil de forma a atingir as necessidades de todos os mercados possíveis sem depender da fiação manual. A consequência foi que a tecelagem deixou de ser uma das subsidiárias da indústria doméstica com a qual o povo pobre inglês se arranjava para completar os ganhos insuficientes do trabalho no campo. Toda a tecelagem era agora feita em fábricas, e os homens frequentemente viram-se impossibilitados de competir com as mulheres e crianças. O mesmo processo de industrialização gradualmente espalhou-se das tecelagens de algodão para outros tipos de empresa. Mais e mais pessoas foram atiradas fora do trabalho, aumentando o desemprego industrial.”⁶¹

A nova condição do mercado de trabalho fez com que a organização da indústria fosse revolucionada. Antes, só conseguiam se sustentar as empresas que recebiam uma assistência do governo, entretanto, nesse momento, qualquer empresa que possuísse um pequeno capital poderia constituir um negócio. Nesse período, a burguesia, que estava se afirmando, começou a se sentir ameaçada pelos grupos privilegiados, que faziam uso de seus monopólios e vantagens para afastar a burguesia dos negócios. Com isso, a burguesia reclamou por liberdade para a manufatura e o comércio, bem como espalhou os ideais da livre concorrência.

““Laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même” era a nova palavra de ordem, e tanto empregadores quanto empregados viam a chave do milênio neste princípio de puro individualismo. O efeito dessa liberdade nas condições de vida dos trabalhadores, entretanto, era muito diferente do que seus proponentes esperavam. Se a escassez da força de trabalho tivesse perdurado, o trabalhador certamente poderia se beneficiar dessa nova liberdade, pois ele poderia elevar o preço de sua mão de obra. Entretanto, uma vez que o mercado de trabalho estava saturado, os trabalhadores foram mais oprimidos do que nunca e os salários baixaram.”⁶²

Nesse contexto, o número de pessoa que possuíam recursos moderados decresceu e o número de pessoas extremamente ricas e pobres cresceu.

61 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 126

62 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 127

As medidas coercitivas aplicadas no período mercantilista, pelas classes dirigentes, para substituir a ausência de pressão econômica sobre as classes trabalhadoras e as leis e regulamentos que serviam para fixar os salários máximos tornaram-se obsoletos.

Os salários deveriam se manter em um nível de subsistência dos trabalhadores, pois se eles ultrapassassem esse nível haveria um aumento indevido da população e a competição faria com eles fossem reduzidos novamente, afastando-se, assim, da política populacional usada na época mercantilista.

“Durante o período mercantilista, a diminuição de mão de obra sempre preveniu o agravamento do problema dos pobres aptos para o trabalho, e a reforma da lei dos pobres foi um suporte entre 1650 e 1800. A teoria mercantilista do desemprego involuntário foi formulada claramente por Justi, que disse não ser impossível descobrir os casos raros onde homens industriosos e dispostos falharam ao procurar emprego e foram internados numa casa para pobres devido a alguma falta cometida. Ele segue argumentando que não considerava haver realmente países nos quais o comércio não florescera e nos quais haveria tão poucos empregos para as pessoas predispostas ao trabalho, de modo que elas fossem forçadas a mendigar. (...)

A fórmula de que todo homem predisposto ao trabalho pode achar emprego era ainda popular no início do século XIX, mas a crença de Justi não era mais compartilhada pelos bem informados. Já havia reclamações duras sobre pessoas displicentes que poderiam estar sendo mantidas na ociosidade pela caridade. Entretanto, essas queixas surtiram pouco efeito (...).”⁶³

O novo sistema econômico e a pressão causada pelo crescimento populacional influenciaram na questão da assistência à pobreza. Foi declarado, bem como já havia sido feito durante o absolutismo, que era dever do Estado prestar assistência, alimentar e sustentar os pobres e as pessoas que não estavam aptas a ganhar a própria vida, sendo assim, o Estado também poderia atuar contra a mendicância através de medidas punitivas. Essas pessoas que não estavam aptas a ganhar a própria vida em decorrência de exclusiva falta de oportunidades deveriam ser empregadas em alguma atividade que correspondesse à suas habilidades.

63 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 132-133

Devido ao exército industrial de reserva e o tratamento mais generoso dos pobres, houve um crescimento muito alto das taxas de pobreza. Com isso, as classes proprietárias começaram a se insurgir contra todos esses gastos com assistência, sendo assim, foi feita uma comissão que elaborou o princípio de que toda assistência aos mendigos aptos deveria ser abolida em favor das *workhouses*, fazendo com que a situação das pessoas que dependiam da assistência deveria ser “mais desfavorável que a situação de um trabalhador independente das classes subalterna”.

“(…) num regime de desemprego elevado, a situação institucional interna do cárcere se torna mais áspera e se retorna ao método mais duro, o que tende a acontecer em toda Europa na primeira metade do século XIX. Pode-se observar, em geral, ao menos para o período aqui examinado, que a força de trabalho e as condições de vida e de trabalho dos prisioneiros tendem a seguir, num grau mais baixo, as da massa proletária no seu conjunto. Se isso não acontece, o cárcere corre o risco de perder, para a classe dominante, todo o seu poder de intimidação. Não tem sido raro, em época de grandes transformações sociais e de intenso pauperismo, que os estratos mais deserdados ganhem força na luta pelo fato de que as condições de vida na prisão ainda são preferíveis àquelas que têm de suportar do lado de fora.”⁶⁴

O princípio supracitado, que é conhecido como o princípio da menor elegibilidade, foi incorporado à *Poor Law* de 1834 e foi a base de toda administração carcerária até os dias atuais.

“A vitória temporária da classe trabalhadora em sua luta pelo direito ao trabalho, dessa forma, encontrou expressão na abolição do trabalho carcerário. Esta é uma indicação significativa da nova situação. Ao invés de uma classe dominante ávida para obter força de trabalho de qualquer jeito, encontramos uma classe trabalhadora montando barricadas para assegurar o reconhecimento oficial de seu direito ao trabalho. A fábrica substituiu a casa de correção, que requeria altos investimentos em administração e disciplina. O trabalho livre podia produzir muito mais e evitava a drenagem de capital envolvido com as casas de correção. Em outras palavras, a casa de correção caiu em decadência porque outras fontes melhores de lucro foram encontradas, e porque, com o desaparecimento da casa de correção como meio de exploração lucrativo, a possível influência reformadora do trabalho seguro também desapareceu.”⁶⁵

Como podemos perceber, o trabalho do preso acabou se tornando inútil, apesar disso, as prisões continuaram. Para explicar esse fenômeno, Rusche e Kirchheimer

64 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica – as origens do sistema penitenciário (século XVI – XIX)**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 84

65 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Ibid., p. 136

fazem uma leitura de que a partir desse momento, deixa-se de usar a prisão como método de produção econômica e passa-se a usar a prisão somente como um método de terrorismo, de aterrorizar a população solta, com o intuito de que essa população se adequasse a um regime de baixos salários.

Sobre essa questão do caráter terrorista assumido pelo cárcere, Pavarini e Melossi entendem que:

“(…) um dos objetivos principais que deviam ser alcançados com o trabalho forçado foi, desde o início da experiência carcerária, um efeito nivelador que empurrasse para baixo os salários externos. Esse efeito, todavia, só era atingido parcialmente através do simples mecanismo econômico, ou seja, da disponibilidade de força de trabalho não livre em certos ramos da produção – pelo menos devido ao número exíguo de trabalhadores deste tipo – mas que era provocado, mais do que por qualquer outro motivo, pela imagem terrorista do cárcere como destino obrigatório para quem se recusava a trabalhar em condições particularmente duras. De acordo com o chamado princípio da *less eligibility*, um trabalho livre externo era sempre preferível ao cárcere. No período em exame, caracterizado pelo desemprego e pelo pauerismo crescentes, o único efeito intimidador possível, para quem não tinha nenhuma possibilidade de encontrar trabalho, é do tipo político, no sentido de afastar o desocupado, o vagabundo etc. da tentativa de sobreviver cometendo delitos, mendigando ou coisas do gênero.

Porém, dado que o que está em jogo para o desocupado, para o pobre destas primeiras décadas do século XIX, é exatamente a sobrevivência, a possibilidade de matar a fome de si mesmo e da sua família, e não a aceitação ou a recusa de ser contratado em *condições* de exploração, o efeito intimidador torna-se extremamente difícil de ser alcançado, já que basta que o cárcere assegure o mínimo vital para que a situação de detenção se torne melhor do que viver em liberdade.⁶⁶

De certa forma, essa questão de fazer com que a população se adequasse a baixos salários, já existia no regime das *workhouses*, entretanto, esse não era o objetivo principal delas.

Quando se fala em finalidade da pena, em todos os períodos, encontrar-se-á um elemento retributivo, um elemento que seja de prevenção geral, o que será alterado é a predominância desse elemento de acordo com a época e contexto da sociedade. Logo, podemos concluir que, mesmo que se explore economicamente o trabalho do preso, ainda assim, existirá um elemento de prevenção geral.

66 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. Ibid., p. 94-95

O livro de Rusche e Kirchheimer não deixa claro o motivo pelo qual a prisão se mantém no século XX, uma vez que ela tinha se tornado um sistema falido e caído em desuso. A partir disso, Dario Melossi e Massimo Pavarini, em seu livro *Cárcere e Fábrica*, desenvolvem a tese de que, no século XX, a prisão vem para preencher um papel de disciplina da força de trabalho, a prisão deixa de ter um papel de fornecimento de força de trabalho, de produção econômica, o papel da prisão passa a ser de fornecimento de mão de obra, o trabalho da prisão não era mais de produzir bens, era de produzir o trabalhador, era de impor a disciplina.

“A tese desenvolvida previamente, que enfoca a penitenciária como manufatura, como fábrica, pode encerrar um equívoco: o de considerar que a penitenciária tenha sido “realmente” uma célula produtiva, ou melhor, que o trabalho penitenciário tenha “efetivamente” alcançado a finalidade “de criar utilidade econômica”. Como vimos, ainda que, historicamente, se tenha tentado fazer do trabalho carcerário um trabalho produtivo, na prática esta vontade foi quase sempre frustrada: do ponto de vista econômico, o cárcere mal conseguiu chegar a ser uma “empresa marginal”. Como atividade econômica, portanto, a hipótese penitenciária nunca foi “útil” e, nesse sentido, não seria correto falar do cárcere como manufatura ou do cárcere como fábrica (de mercadorias). Podemos afirmar, mais adequadamente, que as primeiras realidades historicamente realizadas de cárcere se estruturaram (no que concerne à sua organização interna) sobre o modelo da manufatura, sobre o modelo de fábrica.

Porém, o cárcere perseguiu com sucesso, pelo menos na sua origem histórica, uma finalidade – se quisermos, “atípica” – da produção (leia-se, transformação em outra coisa de maior utilidade): a transformação do criminoso em proletário. O objeto desta produção não foram tanto as mercadorias quanto os homens. Daí a dimensão real da “invenção penitenciária”: o “cárcere como máquina” capaz de transformar – depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como lugar privilegiado da observação criminal) – o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico. Em síntese, uma função não apenas ideológica, mas também atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de *proletários* a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica.”⁶⁷

Diante o exposto é de se perceber que o princípio da menor elegibilidade nasceu de uma construção histórica, onde a situação da população trabalhadora foi moldada de acordo com a situação econômica que o Estado se encontrava.

Do que se extrai de toda a parte histórica apresentada, entende-se que a classe dominante sempre teve o intuito de manter seus privilégios, isso se dá desde a Idade Média até os dias de hoje. Para isso, interfere no modo de vida, afeta e restringe uma

67 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. Ibid., p. 211

série de direitos da população mais pobre e carente, uma vez que estão na parte mais vulnerável da sociedade e não possuem meios para reivindicar algo.

Compreende-se que, mesmo antes de se formarem as prisões como se conhece hoje em dia, quem sempre sofreu com o sistema carcerário ou com o sistema de punição, foram as pessoas mais pobres ou que necessitavam de algum tipo de assistência, logo, percebe-se que o cárcere e as punições, desde o início, agem como forma de controle social da pobreza. Sobre essa questão, Melossi e Paravarini dizem que a reforma de 1834 “anuncia ao mundo que na Inglaterra a pobreza é um delito”.⁶⁸

Atualmente têm-se pensamentos como, por exemplo, “bandido bom é bandido morto”, ou então “se está na prisão é porque fez algo errado, se fosse uma pessoa direita não estaria lá dentro”, devido a essas ideias, acaba-se permitindo o tratamento cruel que os presos recebem, fazendo com que o princípio da menor elegibilidade e sua aplicação sejam legitimados.

Talvez por isso seja tão difícil nos livrarmos desses moldes de tratar o “inimigo”, reconhecido na figura do preso, exatamente por toda essa evolução histórica das penas e do modo de se punir as pessoas transgressoras ou dos necessitados de assistência, por estar tão enraizado em nossa sociedade esse modo de tratamento, mesmo quando ainda não existia o princípio da menor elegibilidade propriamente dito. Provavelmente essa seja a razão de ser tão difícil dissuadir o pensamento do princípio da menor elegibilidade e sua aplicação

2.2. Definição do princípio da menor elegibilidade

Durante o século XVI, ocorreu um grande aumento populacional na Inglaterra, com isso muitas dessas pessoas não conseguiram empregos o que acarretou em um grande número de pessoas que ficavam nas ruas e acabaram criando diversos problemas sociais.

Sendo assim, em 1601, foi criada a Lei dos Pobres, que foi para dar assistências a essas pessoas. Essa Lei dos Pobres concedia auxílio financeiro aos trabalhadores,

⁶⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. Ibid., p. 67

entretanto acabou tendo características punitivas, uma vez que, caso um homem fosse capaz de trabalhar, mas não o fazia era açoitado, preso e poderia até ser condenado a morte, ou seja, o objetivo da lei era acabar com a vagabundagem e mendicância⁶⁹.

Tal lei tinha como objetivo resolver os problemas causados pelo aumento da população, com isso permitiu que as igrejas organizassem casas de trabalho para abrigar os problemas e prestar assistências, era permitido também o lucro com os produtos produzidos por esses pobres. Entretanto, algumas instituições passaram a visar somente o lucro, desse modo passaram a abrigar apenas descaminhados saudáveis, fortes e dotados de certa inteligência que faziam com que aprendesse rápido, sendo assim os problemas sociais acabaram voltando, pois já não se importavam mais com os doentes, idosos e etc⁷⁰.

Dessa forma, a Lei dos Pobres de 1601 não conseguiu mais cuidar dos problemas sociais, uma vez que devido à ajuda que era dada aos pobres, o número de pessoas que podiam trabalhar, mas recusavam aumentou.

Nesse contexto, em 1834, o parlamento inglês fez a Segunda Lei dos Pobres, o *Poor Law Amendment Act*. A *Poor Law* de 1834 introduziu o princípio da *less eligibility* (menor elegibilidade), que era a ideia de que os presos deveriam sofrer mais.

No início do cárcere como forma de punição, o preso era visto como objeto da execução penal, no entanto, em 1925, a Comissão Penitenciária Internacional elaborou propostas para que fossem reconhecidos os direitos dos presos, tornando-o sujeito de direito da execução penal. Essas propostas visavam produzir regras internacionais capazes de reunir as exigências mínimas da execução penal para que fossem obedecidas

69JUNIOR, Gilson Lopes da Silva. A Lei dos Pobres 1601: Primeira Lei Assistencialista e Política de Bem Estar Social. Disponível em <<http://www.webartigos.com/storage/app/uploads/public/588/4cd/dd2/5884cddd2920a451957087.pdf>> Acesso em 14.jun.2017.

70JUNIOR, Gilson Lopes da Silva. A Lei dos Pobres 1601: Primeira Lei Assistencialista e Política de Bem Estar Social. Disponível em <<http://www.webartigos.com/storage/app/uploads/public/588/4cd/dd2/5884cddd2920a451957087.pdf>> Acesso em 14.jun.2017.

por todas as legislações e resultaram nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU, que foram aprovadas em 1957.

Apesar de reconhecerem o preso como sujeito de direitos da execução penal, a ideia de que os presos deveriam passar por um grau de sofrimento maior dentro das prisões do que as pessoas em liberdade, não foi abandonada, pois tinha-se a ideia de que as pessoas encarceradas mereciam aquela pena e era uma forma de desestimular a população à cometer crimes.

O princípio da menor elegibilidade nasce relacionado às condições de trabalho e disciplina nas *workhouses* e as oferecidas pelas instituições assistenciais, no entanto, ao longo do tempo, esse princípio foi desvirtuado para legitimar o discurso punitivista⁷¹ de que as prisões não poderiam ser mais atrativas que o pior emprego possível fora daqueles estabelecimentos e que o tratamento das pessoas presas, bem como suas condições de vida, deveriam ser inferiores às das categorias mais baixas dos trabalhadores livres.

O objetivo era constranger a população ao trabalho e salvaguardar os efeitos dissuasivos da pena. Além disso, procurava-se mostrar à classe trabalhadora que o encarceramento nas Casas de Correção seria a “menos elegível”.

Entretanto, o princípio da menor elegibilidade não deveria possuir como parâmetro a pessoa miserável, o trabalhador com a pior condição de vida, o sem teto, uma vez que toda pessoa tem direito a condições básicas de sobrevivência, o que inclui o direito a um lar, uma vida digna, direitos esses que estão positivados em nossa Constituição.

A ideia da menor elegibilidade se espelha na ideia de que as condições de vida da classe trabalhadora são uma variável dependente do mercado de trabalho.

71 ROIG, Rodrigo Duarte Estrada.. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid., p. 48

A menor elegibilidade é incompatível com a posição de sujeito de direitos do preso na execução penal, tendo em vista que o mesmo detém os mesmos direitos fundamentais reconhecidos ao homem livre.

Acerca desse assunto, a regra número 5 das Regras de Mandela dispõe que “o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos.”

Além disso, o 5º princípio dos Princípios Básicos para o Tratamento de Reclusos da ONU delinea que “exceto no que se refere às limitações evidentemente necessárias pelo fato da sua prisão, todos os reclusos devem continuar a gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e, caso o Estado interessado neles seja parte, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e no Protocolo Facultativo que o acompanham bem como de todos os outros direitos enunciados em outros instrumentos das Nações Unidas.”

Diante de todo exposto, é de se observar que o discurso da menor elegibilidade não se sustenta mais.

“se o Estado assume para si o direito de privar alguém de sua liberdade, por qualquer razão que seja, ele também deve assumir para si a obrigação de assegurar que essa pessoa seja tratada de modo digno e humano. O fato de os cidadãos que não estão presos terem dificuldade de viver com dignidade nunca pode ser usado como justificativa pelo Estado para deixar de tratar aqueles que estão sob seus cuidados de modo digno. Esse princípio reflete o cerne da sociedade democrática, na qual os órgãos do Estado devem ser vistos como exemplos do modo como devem ser tratados todos os cidadãos.”⁷²

2.3 Doutrina da relação especial de sujeição e doutrina do hands off

O princípio da menor elegibilidade, como dito anteriormente, teve origem na Inglaterra, porém este princípio embasou doutrinas criadas na Alemanha e nos Estados

72 ROIG, Rodrigo Duque Estrada.. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid., p. 48

Unidos, a doutrina da relação especial de sujeição e a doutrina do *hands off*, respectivamente.

A doutrina da relação especial de sujeição é uma doutrina que os alemães construíram dizendo que a relação do preso com a administração penitenciária é uma relação especial de sujeição, somente depois que essa doutrina foi superada que eles passaram a dizer que o preso é sujeito de direitos na execução penal.

No final do século XIX e nas décadas iniciais do século XX, foram desenvolvidas teorias da supremacia especial do Estado, também chamadas de teorias das relações especiais de sujeição ou das relações especiais de poder⁷³.

Essas teorias afirmavam que o Estado ou Administração possuíam um direito de supremacia, que agia de forma diferente de acordo com classes e setores sociais ou das categorias de pessoas e que existia uma supremacia especial do Estado, que era aplicada sobre uma determinada categoria de pessoas.

As pessoas que estavam expostas a essa supremacia especial do Estado, as pessoas presas estavam incluídas nessa categoria, estavam passíveis de terem seus direitos fundamentais ignorados, ou seja, quando o Estado ou a Administração Pública adotavam determinadas medidas em relação às pessoas presas, essas medidas, não necessariamente, precisavam fundar-se em leis.

As teorias das relações especiais de sujeição foram bastante criticadas e iam contra a ideia de humanidade.

Até por volta dos anos 70, na Alemanha, se entendia que o preso não tinha direitos em relação à administração penitenciária, porque não se aplicava o paradigma dos direitos subjetivos, uma vez que se entendia que existia uma relação especial de sujeição, que acontecia quando o indivíduo tinha um vínculo com a administração pública e ele está em uma posição inferior à administração pública naquele vínculo, desse modo, o preso não possuía direitos, todo regime penitenciário poderia ser

73 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid., p. 49

regulado pela administração pública de acordo com o critério de conveniência e oportunidade, não existia uma relação de direitos e deveres.

Ao mesmo tempo, antes da década de 70, nos Estados Unidos, tinha-se a 13ª Emenda, que dizia que não existia escravidão, que todos os homens eram livres, salvo quando preso criminalmente, ou seja, nos Estados Unidos, com base na 13ª Emenda, os presos criminalmente eram considerados escravos. Esse entendimento era o equivalente à Doutrina da Especial Relação de Sujeição, no mundo Anglo Saxão.

De acordo com essa “vírgula” que existia na 13ª Emenda, a Corte Constitucional do Estado Unidos aplicava a Doutrina do *Hands Off*, que dizia que o Judiciário não poderia colocar a mão na Administração Penitenciária, o Judiciário não poder interferir nos assuntos internos dos estabelecimentos prisionais, ou seja, o preso não possui direitos.

Em 1944, foi julgada, nos Estados Unidos, a causa *Coffin vs. Reichard*, essa decisão foi um marco, pois, pela primeira vez, foi considerado que o preso mantém todos os direitos que não são atingidos pela pena privativa da liberdade.

O professor Rodrigo Roig traz em seu livro um trecho traduzido dessa decisão:

“um prisioneiro mantém todos os direitos de um cidadão comum, exceto aquelas expressamente, ou por implicação necessária, tirados dele por lei. Embora a lei tire a sua liberdade e imponha um dever de submissão e observância da disciplina para a sua conduta e de outros prisioneiros, isto não afasta seu direito à segurança pessoal contra invasão ilegal. Quando um homem possui um direito substancial, os tribunais serão diligentes em encontrar uma maneira de protegê-los. O fato de uma pessoa estar legalmente na prisão não afasta o uso do habeas corpus para proteger outros direitos inerentes.”⁷⁴

Em 1972, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu “que as limitações de direitos fundamentais só podem ser admitidas na medida em que sejam indispensáveis para a manutenção da ordem ou segurança do estabelecimento penitenciário”⁷⁵.

74 ROIG, Rodrigo Duque Estrada.. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid., p. 52-53

75 RODRIGUES, Anabela de Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.69

Ainda sobre essa decisão, Anabela de Miranda Rodrigues continua dizendo que:

“A decisão de 1972 constituiu, naquele país, um primeiro passo para a alteração da situação de abandono jurídico a que era voltado o recluso. Esta situação resultava da ideia central de que as restrições aos direitos fundamentais do recluso eram permitidas em função de um serviço público – a execução da pena – prestado pela administração penitenciária, domínio onde não valiam os princípios do direito administrativo.

O Tribunal Constitucional estabeleceu, daquela decisão, sobre um recurso interposto por um recluso que pretendia impugnar o conteúdo de uma circular da administração penitenciária (onde se continham limitações ao exercício de certos direitos fundamentais), que estes direitos só poderiam ser limitados por lei.”⁷⁶

Nos anos 70, essa questão foi superada na Alemanha e nos Estados Unidos, para passar a reconhecer o preso como sujeito de direitos na execução penal, a partir disso, a administração pública passou a ter deveres em relação ao preso, ela deveria respeitar os direitos fundamentais do preso. Com isso, a Corte Constitucional Alemã declarou que o preso possuía todos os direitos fundamentais de todo cidadão.

Anabela de Miranda Rodrigues entende que:

“A regulamentação jurídica do estatuto do recluso constitui um dos pilares do moderno direito penitenciário.

Ficou para trás o tempo em que o condenado à pena privativa de prisão era despojado de todos os direitos, transformando-se em objecto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não-direito.

O longo e penoso caminho percorrido foi, por vezes, assinalado por concepções de tratamento penitenciário que incitavam a administração a reconhecer ao recluso, nos limites da ordem e segurança do estabelecimento, o exercício de certos direitos. Estava-se, então, menos em presença de verdadeiros direitos que de privilégio que podiam ser restringidos ou suprimidos, ao livre arbítrio de uma administração toda poderosa.”⁷⁷

76 RODRIGUES, Anabela de Miranda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Ibid., p.81

77 RODRIGUES, Anabela de Miranda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Ibid., p.65

Para Anabela de Miranda Rodrigues⁷⁸, a vida na prisão deve preparar o preso para a liberdade, os direitos que ele possui, como cidadão livre, devem ser mantidos mesmo enquanto recluso. Para isso foi necessária a criação de um estatuto que devolvesse ao preso sua condição de ser humano, desse modo, ele tornar-se-ia um sujeito de direitos.

“Nesta evolução, a afirmação de um Estado de direito que se autolimita face ao cidadão e que transforma as relações de poder em relações jurídicas com recíprocos direitos e deveres é um marco fundamental nas mudanças operadas relativamente à compreensão da posição jurídica do recluso, que deixa de ser objecto para passar a ser sujeito da execução.”⁷⁹

Apesar de existir um forte movimento de afirmação dos direitos das pessoas presas, de diversos Tratados Internacionais, dos Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos da ONU, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Desumanos ou Degradantes, entre outros, a doutrina da relação especial de sujeição e a doutrina do hands off, que já foram superadas, ainda podem ser percebidas de maneira muito presente nos dias de hoje, tal foi sua difusão.

“É possível então sustentar que não há mais espaço para os legados das ideias de retribucionismo, less eligibility ou de supremacia especial do Estado. Tais legados devem ceder lugar à concreta postura de que, salvo as restrições comprovadamente inerentes à própria condição de encarceramento, todos os demais direitos e garantias – diga-se, fundamentais – dos reclusos devem ser escrupulosamente preservados”.⁸⁰

Podemos notar que o princípio da menor elegibilidade, seja na Inglaterra, introduzido pelo *Poor Law* de 1834, seja na Alemanha, através da doutrina da relação especial de sujeição, ou nos Estado Unidos, por meio da doutrina do hands, tem o intuito de reger a vida do preso e as condições a que ele está submetido.

78 RODRIGUES, Anabela de Miranda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Ibid., p.66-67

79 RODRIGUES, Anabela de Miranda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Ibid., p.69

80 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid., p. 54

Por todo exposto, fácil perceber que, apesar de cada país possuir suas peculiaridades e de estarem inseridos em contextos diferentes, em nenhum deles havia o respeito pelos direitos fundamentais do preso, bem como ocorre até hoje nas prisões brasileiras. Seja porque é considerado escravo, ou objeto da execução penal, ou até mesmo por ser simplesmente uma pessoa inferior ao cidadão livre, não importa a época ou a localidade, a pessoa encarcerada desde sempre teve seus direitos violados.

Ainda que existam normas como Constituições ou Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que proíbam essas transgressões aos direitos fundamentais, o princípio da menor elegibilidade ainda parece se impor, mesmo que de for mais velada, ele se faz presente.

3. ANÁLISE DE DECISÕES DO JUDICIÁRIO

Nos capítulos anteriores foram demonstrados os princípios constitucionais e penais que estão positivados em nosso ordenamento jurídico e que garantem aos cidadãos direitos básicos, sejam eles cidadãos livres ou encarcerados. Foi demonstrado, também, como seu deu o processo de construção das prisões e o nascimento da ideia do princípio da menor elegibilidade, bem como das doutrinas da relação especial de sujeição e do *hands off*.

No presente capítulo serão analisadas duas decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro. A primeira decisão a ser analisada será sobre uma Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, onde se pretendia o atendimento ginecológico das presas em todas as unidades de custódia femininas do Estado do Rio de Janeiro. Já a segunda, trata-se de uma decisão interlocutória na qual a juíza rejeitou a denúncia no crime de tentar ingressar com aparelho de comunicação em estabelecimento prisional, oferecida pelo Ministério Público, com fundamento na atipicidade da conduta, pois, segundo a magistrada, o ato de tentar entrar com aparelho telefônico na prisão, sem que ocorra o uso do aparelho por parte do preso, trata-se de um crime de perigo imaginário.

O princípio da menor elegibilidade (*less eligibility*) e as doutrinas da relação especial de sujeição e do *hands off* são, diante de todo o exposto, completamente incompatíveis com os princípios constitucionais da dignidade humana, da isonomia, bem como viola o princípio da humanidade, presente no direito penal e na execução penal. Tal incompatibilidade poderá ser melhor visualizada diante das duas decisões que seguem, onde uma se vale desse princípio e dessas doutrinas para embasar sua decisão e a outra destaca esses conflitos.

O intuito da análise da sentença a seguir é demonstrar que, apesar desse princípio e dessas doutrinas violarem diretamente direitos e garantias fundamentais dos cidadãos eles ainda estão bastante presentes no pensamento popular, pautam discussões político-criminais e norteiam veladamente decisões judiciais, que acabam provocando uma série de prejuízos sociais⁸¹.

“Trata-se de ação civil pública proposta pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a concessão de MEDIDA LIMINAR, para obrigar o réu na obrigação de prestar efetiva assistência médica às mulheres custodiadas, com a disponibilização profissional médico e ginecológico em tempo integral, para atendimento das presas em todas as unidades de custódia do Estado do Rio de Janeiro, inclusive com a previsão de realização de exames preventivos e periódicos às mesmas, em frequência compatível com os preceitos médicos (...)

(...)

Alega que, na qualidade de órgão fiscalizador das condições carcerárias dos estabelecimentos policiais e penitenciários do Estado, verificou a total carência de atendimento médico e ginecológico para a população feminina.

(...) já existe política pública para o atendimento médico das internas das unidades prisionais do Estado, não se configurando o cenário de desamparo descrito na inicial; que é prestado atendimento ginecológico às internas, através de médico ginecologista contratado pela Organização Social (OS Viva Rio) que, desde maio deste ano, gerencia os serviços da UPA/HA, localizada dentro do Complexo de Gericinó; que compete aos gestores, que possuem expertise e legitimidade democrática para tanto, avaliar a questão e elege os instrumentos necessários à execução dos trabalhos.

(...) os elementos coligados aos presentes autos não são suficientes para autorizar a interferência na seara reservada ao Administrador Público, para ordenar judicialmente o desvio de recursos públicos de outras rubricas orçamentárias para o cumprimento da obrigação de ‘prestar efetiva assistência médica às mulheres custodiadas, com a disponibilização profissional médico e ginecológico em tempo integral, para atendimento das presas em todas as unidades de custódia do Estado do Rio de Janeiro, inclusive com a previsão de realização de exames preventivos e periódicos às mesmas, em frequência compatível com os preceitos médicos, com cominação de multa’, sabendo-se que em tantas outras localidades e em tantos outros setores a necessidade é igualmente imperiosa e desatendida. É certo que o dever de proteção ao condenado, como corolário dos direitos à vida e à integridade física, bem como ao direito à saúde, são assegurados pela Constituição Federal, sendo as deficiências no sistema penitenciário em geral, um sério problema a ser considerado. Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, igualmente não implementados devido à falta de verbas, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os Poderes.

(...)

A procedência do pedido veiculado nesta demanda implicaria, na prática, na criação de um privilégio inconstitucional - por violar a isonomia - à

81 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ibid., p. 49

população carcerária, em detrimento de todo o resto da sociedade livre. É fato lamentavelmente notório que o atendimento médico hospitalar na rede pública está - há muito - falido e sucateado. A DPGE vem, através de diversas Ações Cíveis Públicas, pleiteando investimento imediato em médicos, ambulâncias e exames laboratoriais para os presídios estaduais. Ocorre que tais serviços públicos não estão disponíveis à população fora do sistema prisional, de modo que um provimento judicial positivo seria, como já dito, inconstitucional, por violar a isonomia.

(...)

A tutela constitucional e infraconstitucional do direito fundamental não é suficiente para que se admita a utilização de ação civil pública como instrumento apto a implicar, pela via judicial, verdadeiro direcionamento da atividade discricionária do Administrador quanto ao melhor emprego das verbas públicas e à ordem das prioridades a serem atendidas, devendo-se resguardar, no ponto, a autonomia e a independência do Poder Executivo, especialmente quando não comprovada a alegada omissão injustificada do Poder Público.

(...) os recursos empregados nas prestações estatais são limitados, inviabilizando a satisfação de todos os requisitos à configuração de uma sociedade utópica. Vale dizer, dentro de um processo gradativo - como é o de satisfação de direitos sociais - é legítimo o estabelecimento de prioridades - eis que a denominada 'reserva do possível' impede sejam alocados recursos concomitantes no cumprimento de todas as atividades consideradas de interesse da sociedade - sendo que a determinação destas (prioridades) incumbe à Administração Pública e não ao Poder Judiciário (...).⁸²

Na sentença apresentada podemos claramente perceber a presença da ideia do princípio da menor elegibilidade, uma vez que a juíza, resumidamente, argumenta que o atendimento médico hospitalar na rede pública está falido e sucateado e que a população fora do sistema prisional não têm esses serviços disponíveis, sendo assim a população carcerária também não pode ter acesso a esses serviços públicos. A juíza ainda argumenta que seria criado um privilégio inconstitucional, uma vez que violaria a isonomia.

Ora, é sabido que a situação da saúde pública brasileira está em estado de alerta, entretanto, uma vez que o Estado assume o direito de privar a liberdade de alguém, ele também deve assumir a obrigação de que a pessoa presa seja tratada de modo digno e humano. O fato de o cidadão livre ter dificuldade em viver com dignidade, ou ter acesso à saúde pública, como é o caso em tela, não pode ser justificativa para o Estado deixar de tratar o preso de modo digno, de oferecer a prestação à saúde necessária. É o que

82 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processual Civil. Ação Civil Pública nº 0220470-75.2014.8.19.0001, da 4ª Vara de Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 6 de julho de 2015. **Lex:** Jurisprudência do TJRJ. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProcPrivada.do?v=2&FLAGNOME=N&tipoConsulta=privada&back=1&PORTAL=1&numProcesso=2014.001.190242-5>>

dispõe o artigo 10 da Lei de Execuções Penais: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”

Nesse sentido, os Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos da ONU traz, em seu Princípio 9, que “os reclusos devem ter acesso aos serviços de saúde existentes no país, sem discriminação nenhuma decorrente do seu estatuto jurídico.”

Nesta perspectiva ainda temos o artigo 38 do Código Penal que informa que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.” O artigo 3º da Lei de Execuções Penais dispõe nesse mesmo raciocínio.

A Lei de Execuções Penais ainda diz, em seu artigo 41, inciso XII, que é direito do preso a “igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena”, onde não se deve entender a isonomia somente entre os presos, mas também entre eles e os cidadãos livres.

Pode-se ainda dizer que, mesmo que de forma mais branda, também encontramos ideias da relação especial de sujeição e do hands off na decisão da ilustre magistrada, uma vez que a mesma diz que os recursos empregados nas prestações estatais são limitados e que deve haver o estabelecimento de prioridades, sendo esse estabelecimento incumbido à Administração Pública e não ao Poder Judiciário. Desse modo, podemos entender que as pessoas presas não são prioridades, bem como seu direito à saúde, como é o caso da referida sentença, ou seja, devido aos recursos escassos, a Administração Pública pode violar os direitos e garantias dos presos e o Poder Judiciário não pode interferir, pois a responsável pela alocação desses recursos é a Administração Pública.

A seguir, será analisada uma decisão interlocutória onde a juíza rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público, que denunciou a mulher de um detento que tentou entrar em estabelecimento prisional com um celular no interior da cavidade vaginal durante uma visita.

Na sentença, a argumentação da juíza é no sentido de que não se deve criminalizar a pessoa que tenta ingressar com o aparelho telefônico na prisão, entendendo que o artigo 349-A do Código Penal é inconstitucional. Todavia, para defender ou sustentar essa argumentação, a juíza acaba utilizando argumentos que vão de encontro ao que o princípio da menor elegibilidade “prega”. Por se tratar de uma decisão muito extensa, serão copiados aqui alguns trechos.

“(…) Para Guilherme de Souza Nucci, trata-se de crime formal e de perigo abstrato, cuja objetividade jurídica é proteger a sociedade, que *“pode ser vítima da prática de outros delitos, caso exista comunicação dos presos com o mundo exterior”*.

Porém, a criminalização da conduta de quem ingressa, promove, intermedia, auxilia ou facilita *“a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional”* sem que o efetivo uso de tais equipamentos pelo preso, condenado ou provisório, seja crime, revela não a pretensão de tutelar um bem jurídico, mas a adoção de uma nova modalidade de delito, quer seja o crime de perigo imaginário, já que que tal conduta, por si só, não pode ser considerada potencialmente lesiva sem que nela interfira a crença fundamentalista do intérprete de que há uma classe de pessoas, chamada “bandidos”, que não tem laços familiares, de amizade e tampouco afetividade, portanto deles somente o que se espera é que cometam delitos.

(…)

Mas se a Constituição Federal está aqui, também está aí, portanto não há a possibilidade, em um processo penal que transcorra em ambiente democrático, de que o juiz possa optar, entre as inúmeras explicações possíveis, por aquela que melhor corresponda ao seu infinito particular para assim dizer que todo preso somente usa telefone celular para cometer crimes.

(…)

Partindo das premissas de que (1) *“NINGUÉM”* (mas é NINGUÉM mesmo) *“será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (art. 5º, LVII, CF); (2) de que *“TODOS”* (são TODOS mesmo, inclusive o preso) *são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, CF); (3) e de que *aparelhos telefônicos de comunicação móvel, de rádio ou similares* são produtos cujo uso não é vedado, para que se possa reconhecer que há perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido é necessário admitir a figura da responsabilidade objetiva no direito penal, pois somente assim é possível chegar ao resultado “crime” quando se agregam os fatores “preso” e *“aparelhos telefônicos de comunicação móvel”*.

É fato que o discurso expansionista do Direito Penal máximo tem ditado as regras do jogo processual, mas não é possível ratificar o reconhecimento implícito de que determinadas categorias de indivíduos são inimigos naturais da “sociedade”, e que esta é um conjunto formado exclusivamente pelas “pessoas de bem”.

Desse modo, a teoria da defesa social e os conceitos de classes perigosas e inimigos internos que embasam o controle social dessas camadas da população devem ser superados em nome do reconhecimento de que não há subcategorias do *homo sapiens*, logo, todos os indivíduos são membros de uma mesma espécie e fazem jus à proteção do processo democrático.

A igualdade de todos perante a lei somente pode ser implementada quando a crença numa ordem jurídica coerente, imparcial, precisa e justa, que tem na neutralidade seu principal atributo, é desmascarada para que se possa reconhecer que nenhuma construção jurídico-normativa que exerça a função

de criminalizar e confinar parte de seus membros em guetos possui legitimidade.

(...) a intervenção penal, exacerbada e desonerada das garantias conferidas aos cidadãos, passou a ser justificada como recurso necessário para evitar os perigos que os criminosos representam para a “paz social”.

(...) no momento em que se pretende aplicar a lei penal não é dado ao juiz ignorar que medidas constritivas incidirão sobre uma pessoa, logo, toda interpretação que se faça do direito a ser aplicado deve estar emaranhada pelo respeito à dignidade da pessoa humana, princípio este que, conforme preleciona o professor José Emílio Medauar Ommati:

“Se apresenta a partir de dois princípios ou ideias que se relacionam: o princípio do autorrespeito e o da autenticidade. Tais princípios e ideias significam que, primeiro, toda vida deve ser respeitada e protegida. Mais que respeitada e protegida, pelo primeiro princípio, exige-se que uma vida humana não seja desperdiçada. Já pela segunda ideia ou princípio, uma vez protegida e respeitada e não desperdiçada, a vida humana deve ser vivida pelo indivíduo a partir da responsabilidade individual deste indivíduo por sua vida. É dizer: cabe a cada indivíduo construir seu projeto de felicidade, sucesso e realização de sua vida”.

(...)

A partir da premissa de que a persecução penal inicia-se com a criação da norma penal, recordo que a Lei 12.012/2009, que introduziu o art. 349-A no Código Penal Brasileiro, apontou que é na reação das vítimas, “*aterrorizadas ante a escalada da criminalidade*”, que se encontra o resultado desse crime de perigo, construção que desborda da constituição, pois legitima o processo de marginalização que se pretendeu erradicar (art. 3º, I, CF).

Ora, não se constrói “*uma sociedade livre, justa e solidária*” e não se promove “*o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (rt. 3º, III e IV, CF), quando se olvida o que disse Cançado Trindade:

“Para compreender o mundo em que vivemos, tão complexo e dissimulado, é imprescindível o conhecimento humano, e os limites deste último hão de fomentar o sentido de solidariedade humana, na atenção cuidadosa à condição dos demais, porque, em última análise, todos dependemos de todos, e a sorte de cada um está inexoravelmente ligada à sorte dos demais”.

Entretanto, na justificativa apresentada com o Projeto de Lei 7024/2004, consta que “**são comuns as notícias da existência de telefones celulares e rádio comunicadores em posse de condenados do sistema penitenciário, mesmo com a utilização de bloqueadores de ondas de rádio**”, e disso não se pode discordar.

Mas embora não tenham sido indicados os dados que provam que “*esses aparelhos, em especial os telefones celulares, são, na grande maioria das vezes, utilizados por membros de quadrilhas para dirigir o cometimento de crimes extramuros, ameaçar pessoas ou mesmo para a prática de crimes de forma direta, por meio de extorsões, uma vez que criminosos telefonam para as pessoas, de forma aleatória, e fazem ameaças, simulam sequestros e exigem compensação financeira*”, arredou-se da discussão a garantia da presunção de inocência para se afirmar que um dos motivos pelos quais “*esses crimes muitas vezes não são punidos*”, apesar dos celulares serem “*localizados por funcionários dos presídios, por agentes penitenciários ou em revistas policiais rotineiras*”, é a incompetência estatal para apurar delitos e não a inexistência de crime, mas de mera comunicação do encarcerado com o mundo exterior.

Mas “*sem que haja o cometimento de crime*”, o uso ou a posse de telefone celular ou rádio comunicador “*não afeta qualquer bem jurídico, pois não é possível afirmar que uma conversa do encarcerado com seus familiares é um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo.*

(...)

Esse estereótipo do homem-não-humano criado pelos veículos de comunicação e construído, como ensina Salo de Carvalho, “a partir da superexposição de algumas características particulares que diferenciam o sujeito em foco das demais pessoas”, franqueou as portas do direito penal aos exercícios de futurologia. É que a estigmatização, continua Salo de Carvalho: “Cria um recurso classificatório que permite categorizar pessoas, grupos e locais como normais e anormais, superiores e inferiores, bons e maus. O efeito imediato do processo de estigmatização é a redução da pessoa ao estigma: ‘deixamos de considera-lo [sujeito estigmatizado] criatura comum e total, reduzindo-a a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande (...) e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real.

(...)

Dentro de uma ordem constitucional que se pretenda democrática, não há como excluir da órbita de proteção do processo democrático qualquer indivíduo e tampouco ratificar construções jurídico-normativa que se ergueram sobre abstrações.

Por isso, não se pode afirmar simplisticamente que “qualquer tipo de comunicação de preso é indevida”.

(...)

Por mais obvio que seja, não é demais recordar que a norma-jurídica que não se funde na dignidade humana é inaplicável, de modo que é dos textos que asseguram os direitos fundamentais do homem que devem ser extraídas as balizas que permitem a afirmação da conformidade do tipo penal a esses preceitos.

(...)

A Constituição Federal do Brasil, por sua vez, além dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto de San Jose da Costa Rica, proíbe a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e assegura ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLI e XLIX).

Por fim, o art. 38, do Código Penal, estabelece que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Os Direitos Fundamentais são irrenunciáveis e indisponíveis. E, alerta o professor Antônio Graim Neto:

“Em um Estado Democrático de Direito não há outra alternativa que não seja reconhecer o valor dos direitos fundamentais e das garantias individuais como objetos que vão muito além de instrumentos em favor do indivíduo contra abusos estatais, mas representam verdadeira legitimação do próprio Estado. Ou seja, em última análise é através do reconhecimento do direito do réu que, também, concretiza-se o fundamento democrático do Estado”.

Tudo isso quer dizer que o preso é sujeito de direitos, ainda que se persista querendo enxergá-lo como *res*, e se toda “interpretação da lei deve observar a Constituição como um sistema integrado de normas, oriundas de um processo democrático de instituição do Estado” (...).”⁸³

A decisão da ilustre magistrada é uma decisão que levanta muitos questionamentos. Como dito anteriormente, a juíza argumenta no sentido de que não se deve criminalizar o ato de tentar ingressar em estabelecimentos prisionais com aparelho

83Empório do Direito, 14 set. 2015. Disponível em:< <http://emporiiododireito.com.br/celular-na-cavidade-vaginal-para-entrada-em-presidio-nao-e-crime-diz-juiza-ao-rejeitar-denuncia-oferecida-pelo-ministerio-publico/>> Acesso em 12 jun. 2017.

de comunicação. Na presente análise, essa não será a questão analisada, mas sim alguns argumentos, que vão na contramão do princípio da menor elegibilidade, utilizados pela juíza para embasar sua decisão.

Em sua decisão a magistrada baseia-se muito no princípio da isonomia, artigo 5º, CF, e na presunção de inocência, art. 5º, LVII, CF.

Ela entende que, assim como as pessoas que estão em liberdade, os presos possuem laços familiares, de amizades e de afetividade, logo, não se deve esperar que a pessoa encarcerada cometa apenas crimes. Esse pensamento ocorre pela posição estigmatizada de “homem-não-humano” em que a pessoa encarcerada é colocada, onde não se admite outra ação que não seja o cometimento de um crime por parte dela.

Não se está aqui a dizer que o uso de celulares deveria ser liberado para os presos ou que os presos não cometeriam crimes de dentro das prisões através do uso desses aparelhos telefônicos, o errado é se presumir que o preso não teria nada de positivo e que ele apenas cometeria diversos crimes.

É evidente que a problematização é no sentido do que o uso desses aparelhos poderia levar, entretanto deveria ser considerado, também, que os presos possuem direito de se comunicar com seus familiares, amigos, etc., assim como as pessoas em liberdade, uma vez que, como disposto no artigo 38 do Código Penal, “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade...”, bem como no artigo 3º da Lei que Execuções Penais, onde “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, sendo assim, o preso manteria o direito à comunicação.

Ademais, as Regras de Mandela, em sua Regra 5, traz que “o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos.”, fazendo-os entender que eles continuam parte da sociedade.

Sobre essa questão, Anabela de Miranda Rodrigues entende que:

“é de primordial importância que a legislação e a prática penitenciárias se orientem no sentido da não dessocialização do recluso. Objectivo que só poderá ser atingido pelo reconhecimento da cidadania do recluso e pela protecção eficaz dos seus direitos fundamentais.”⁸⁴

Nessa linha de pensamento, ainda temos o Princípio 5 dos Princípios Básicos para o Tratamento de Reclusos da ONU, “exceto no que se refere às limitações evidentemente necessárias pelo fato da sua prisão, todos os reclusos devem continuar a gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e, caso o Estado interessado neles seja parte, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no Protocolo Facultativo que o acompanham bem como de todos os outros direitos enunciados em outros instrumentos das Nações Unidas.”

Desse modo, enquanto o princípio da menor elegibilidade entende que as condições de vida no cárcere devem ser inferiores às das categorias mais baixas de trabalhadores livres, a ilustre juíza entende que o princípio da isonomia e a presunção de inocência devem ser respeitados, assegurando, portanto, os direitos e garantias fundamentais das pessoas presas positivados em nosso ordenamento jurídico.

84 RODRIGUES, Anabela de Miranda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Ibid., p.54

CONCLUSÃO

O tratamento desumano e degradante ao qual o preso está submetido não deveria existir, nem no imaginário da população que clama por “justiça” quando ocorre algum crime, muito menos no sistema carcerário. Esse tipo de tratamento conferido aos presos, como visto, trata-se de uma construção histórica, entretanto não pode ser perpetuado.

Conforme já exposto em grande parte do decorrer do presente trabalho, a pessoa presa conserva todos os seus direitos que não são atingidos pela sentença ou pela lei, ou seja, os presos deveriam ser tratados da mesma forma como as pessoas livres, deveriam ter sua integridade física e moral asseguradas, deveriam ter sua dignidade preservada, entretanto, o que vemos é que nenhum desses direitos são respeitados, pelo contrário, há uma intensa e cotidiana violação deles.

Ademais, não é função da prisão dessocializar o cidadão preso, longe disso, é dever do regime prisional procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e a vida em liberdade, pois o encarceramento não retira das pessoas presas apenas seus direitos fundamentais, mas faz com que elas passem a necessitar de uma maior tutela por parte do Estado devido à extrema vulnerabilidade em que se encontram.

A partir de todo o exposto neste trabalho, pode-se concluir que a prática do princípio da menor elegibilidade, que “prega” que as condições de vida no cárcere devem ser piores do que as das pessoas em liberdade, que não deveria nem mais existir em nossa sociedade, é uma clara violação aos direitos fundamentais, sendo assim deveria ser considerado inconstitucional, uma vez que toda restrição aos direitos fundamentais dos presos que não encontrem fundamento constitucional, são inconstitucionais.

O princípio da menor elegibilidade muitas vezes pode até não ser aplicado propositalmente, como foi aplicado na primeira sentença do quarto capítulo, mas fato é que ele existe e é utilizado no cotidiano prisional, assim sendo, existe um claro desrespeito à nossa Constituição, uma vez que nem ela afasta das pessoas presas a possibilidade de gozar de seus direitos e garantias disposto no artigo 5º, logo, não cabendo ao intérprete da norma fazê-lo.

As duas decisões apresentadas nesse trabalho possuem linhas de pensamento e defesas oposta, e o objetivo aqui não é dizer se estão certas ou erradas, entretanto, é evidente que os direitos e garantias dos presos estão positivados em nossa Constituição e em diversos textos legais e ainda assim eles são constantemente violados e acabam sendo inobservados pelo Judiciário, o que não deveria ocorrer.

Não é questão de fazer das prisões um ambiente bom ou ruim, fazendo com que as pessoas tenham medo de ser presas ou não, o enfoque é de se respeitar a nossa Magna Carta, o Código Penal e Lei de Execuções Penais, bem como respeitar os direitos das pessoas presas, que são garantidos pelos referidos diplomas legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjustica/noticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Data de acesso: 30/05/17.

DA SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DA CUNHA JUNIOR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos**. 6ª Ed. Salvador: Ed. JusPodvum, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal - Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 3ª edição, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte geral: arts. 1.º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2008.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 9 setembro. 2008.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica - As origens do sistema penitenciário séculos XVI – XIX**. Rio de Janeiro: Editora Revan: ICC, 2006. 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília – DF. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01.jun.2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01.jun.2017.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília – DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 01.jun.2017.

SILVA, Raíssa Zago Leite da. Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. **Net**, São Paulo, 2015. IBCCRIM. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo>. Acesso em 16.jun.2017.

SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. **Net**, 2014. IBCCRIM. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos> Acesso em 16.jun.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processual Civil. Ação Civil Pública nº 0220470-75.2014.8.19.0001, da 4ª Vara de Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 6 de julho de 2015. **Lex: Jurisprudência do TJRJ**. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProcPrivada.do?v=2&FLAGNOME=N&tipoConsulta=privada&back=1&PORTAL=1&numProcesso=2014.001.190242-5>>

Empório do Direito, 14 set. 2015. Disponível em:<<http://emporiododireito.com.br/celular-na-cavidade-vaginal-para-entrada-em-presidio-nao-e-crime-diz-juiza-ao-rejeitar-denuncia-oferecida-pelo-ministerio-publico/>> Acesso em 12 jun. 2017.

BRASIL. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Regras de Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília, DF, 2106. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>