

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**A FALTA DE CIDADANIA E A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS PRESOS**

VITÓRIA
2008

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**A FALTA DE CIDADANIA E A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS PRESOS**

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), tendo como orientador o Professor Dr. Aloísio Krohling.

VITÓRIA
2008

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**A FALTA DE CIDADANIA E A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS PRESOS**

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 16/05/2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Aloísio Krohling
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer
Universidade Federal de Santa Catarina

“A todos aqueles que neste momento habitam um ventre e que nascerão na miséria, morarão nas ruas, terão como teto o tempo, sentirão frio, acostumar-se-ão com o medo, comerão lixo, cheirarão cola, conhecerão o sexo na infância, procriarão na puberdade e, analfabetos, morrerão antes de atingirem a idade adulta. Sua vida já é conhecida, antes de nascerem, filhos órfãos que são da cidade grande. Muitos dos que sobreviverem, seu caminho também não é mistério, pois as portas da prisão os aguardam.

Que a Criminologia contribua para a compreensão dos fenômenos sociais sobre os quais se debruça e com isso, quem sabe, algum vetor social permita uma realidade menos dramática e menos infeliz do que a lógica óbvia do determinismo acima des

Wagner Cinelli de Paula Freitas

RESUMO

O presente trabalho analisa a relação entre a ausência de cidadania no Brasil e a inefetividade dos direitos fundamentais dos presos. No desenvolvimento da pesquisa é utilizada a metodologia dialética tendo como fonte principal a consulta bibliográfica de obras jurídicas e de outros ramos de conhecimento, dentro de uma perspectiva transdisciplinar. Trabalha-se com um conceito amplo de cidadania, que não se restringe aos direitos civis e políticos, mas abrange também os direitos sociais. São relatados os principais dados históricos da cidadania observando como o seu conceito evoluiu nas constituições brasileiras, culminando com a promulgada em 1988 que coaduna com a visão ampla sobre o tema. São abordados os direitos humanos, as suas dimensões, os seus desafios contemporâneos, o seu contexto na realidade atual, bem como a necessidade de sua efetivação. Descrevem-se os principais direitos fundamentais dos presos e processados positivados na Constituição de 1988, refletindo com mais ênfase sobre a presunção de inocência, a proibição da tortura e das penas cruéis, inclusive a pena de morte. É pesquisado o preconceito da sociedade contra os presos, recorrendo à psicologia social para analisar o referido fenômeno. Alerta que a falta de efetivação da Lei de Execuções Penais dentro de um sistema penitenciário superlotado e desumano dificulta a efetivação dos direitos fundamentais dos presos previstos no texto constitucional. É destacada a importância do acesso completo à justiça, que não se restringe ao mero acesso aos fóruns e tribunais, como um fator de garantia aos direitos fundamentais dos presos e processados. É asseverado que a efetivação dos direitos sociais previstos no ordenamento jurídico pátrio é uma forma de garantir cidadania plena às pessoas, já que para exercer plenamente os direitos civis e políticos é necessário ter acesso à educação, ao emprego etc., mas existem dificuldades na efetivação dos referidos direitos. É relacionada a ausência de cidadania (especialmente pelo preconceito contra os presos, pela falta de acesso a justiça, pela falta de efetivação da Lei de Execuções Penais e pela falta de efetivação dos direitos sociais) como causadora do aumento da criminalidade e, portanto, da população carcerária, com isso dificultando mais ainda a efetivação dos direitos fundamentais dos presos e

processados. Conclui-se como inevitável a pena de prisão no contexto atual brasileiro, mas que a mesma seja aplicada apenas nos casos em que for estritamente imprescindível e com respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo que isso somente poderá ser garantido em um país que respeite a cidadania.

Palavras-chave: cidadania, presos, direitos fundamentais, efetividade.

ABSTRACT

The present work analyses the relationship between the absence of citizenship in Brazil and the ineffectiveness of the fundamental rights of the prisoners. As the research is developed, it is used the “dialectic” methodology, having, as a prime source, the bibliographic search of juridical works and other areas of knowledge, in a “transdisciplinary” perspective. It works with a wide concept of citizenship, that doesn’t straiten itself to the civil and political rights, but embraces the social rights as well. It mentions the main historical basis of citizenship, observing how its concept has evolved through the Brazilian Constitutions, leading to the current Constitution of 1988, which relates to the wide vision of the subject. It approaches the human rights, its dimensions, its contemporary challenges, its context in the current reality, as well as the need of effectiveness. It describes the main fundamental rights of the prisoners and sued individuals in the Constitution of 1988, reflecting most strongly about the presumption of innocence, the prohibition of torture and cruel penalties, including the capital punishment. It researches the prejudice of society against prisoners, appealing to the social psychology to analyze the phenomenon. It alerts that the lack of effectiveness of the Penal Execution Law in an overoccupied and inhuman penitentiary system makes it difficult to execute the human rights of the prisoners foreseen in the constitutional text. It emphasizes the importance of the complete access to justice, which does not limit itself to access to the courts, as an element of guaranty of the fundamental rights to the prisoners and sued individuals. It remarks that the execution of the social rights foreseen in the national law is a way to guarantee full citizenship to people, because in order to access completely the civil and politic rights it’s necessary to have access to education, employment etc., but there are difficulties in the execution of these rights. It relates the absence of citizenship (especially for the prejudice against prisoners, for the lack of access to justice, for the lack of effectiveness of the Penal Execution Law and for the lack of effectiveness of the social rights) as a cause of increase of criminality and, then, of the prison population, making it harder, with that, to effective the fundamental rights of the prisoners and sued individuals. It gets to the conclusion that the prison penalty is inevitable in the Brazilian context, but that it should be applied only when strictly

necessary, and respecting the fundamental rights of the human person, which can only be guaranteed in a nation that respects citizenship.

Key-words: citizenship, prisoners, fundamental rights, effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

CDI – Comissão de Direito Internacional

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LEP – Lei de Execução Penal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organizações das Nações Unidas

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TPI – Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA	
1.1 A CIDADANIA EM UM PROCESSO HISTÓRICO	15
1.2 A CONTRIBUIÇÃO DE T. H. MARSHALL PARA UM CONCEITO MAIS AMPLO DE CIDADANIA.	22
1.3 A CIDADANIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	31
1.4 A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	36
2 OS DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA	
2.1 O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS	44
2.2 A PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	47
2.3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS.....	53
2.4 A EFICÁCIA DAS NORMAS JURIDICAS DE DIREITOS HUMANOS.....	58
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS	
3.1 O DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS.....	76
3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS NA CF-88	79
3.2.1 A presunção de inocência	82
3.2.2 A proibição da prática da tortura	85
3.2.3 A proibição da pena de morte e outras penas cruéis	93
4 A FALTA DE CIDADANIA E A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS	
4.1 O PRECONCEITO DA SOCIEDADE CONTRA OS PRESOS	99
4.2 A FALTA DA EFETIVAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....	110
4.3 A FALTA DE ACESSO A JUSTIÇA	116
4.4 A FALTA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	125
4.5 A FALTA DE CIDADANIA AUMENTANDO A QUANTIDADE DE PRESOS E REDUZINDO OS SEUS DIREITOS.....	130
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
6 REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem-se assistido, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho, um aumento significativo da população carcerária. Os presos, bem como todos aqueles que estão sendo processados criminalmente, por mais bárbaro que seja o crime que tenham sido acusados, são também sujeitos de direitos, dos quais muitos foram constitucionalizados originariamente em 1988.

A maioria dos referidos direitos é desrespeitada, sendo que o Direito precisa se preocupar com os meios para que os mesmos sejam efetivados, pois eles não são direitos somente dos presos e processados, mas da sociedade como um todo. Qualquer pessoa pode ser presa ou processada e por isso tem que estar amparada por direitos.

Existem declarações, pactos, convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário que protegem os presos contra tratamentos degradantes como é o caso da Declaração Internacional dos Direitos Humanos editada em 1948.

Não é uma tarefa fácil defender esses direitos perante a sociedade devido a vários motivos, pois existe um preconceito contra os presos. Além disso, há outros direitos considerados mais essenciais à sociedade e que não são respeitados havendo o entendimento que os direitos dos presos poderiam ficar por último. Além disso, há uma banalização do mal, resultando em presos tratados com humilhação, sofrendo inclusive torturas.

É essencial essa defesa da efetividade dos direitos fundamentais dos presos, pois não é plausível deixar a Constituição tornar-se “letra morta” ou ser somente aplicada ao sabor das conveniências.

Nesse contexto aparece a questão da cidadania prevista no art. 1º, II da CF e que num contexto mais amplo envolve não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, sendo que os últimos têm tido dificuldade de efetivação.

O problema da pesquisa é justamente saber “qual é a relação entre a falta de cidadania no Brasil e a inefetividade dos direitos fundamentais dos presos?”.

Inicialmente foi feita uma análise sobre o termo cidadania, inclusive sobre a sua evolução histórica, chegando ao ponto em que foi consolidado pela Constituição de 1988 em que o mesmo não se limita aos direitos civis e políticos, embora a garantia dos mesmos é um ponto essencial para o Estado Democrático de Direito. A cidadania aqui retratada inclui também os direitos sociais, bem como o integral direito de acesso à justiça.

No segundo capítulo a abordagem foi feita sobre os Direitos Humanos, as suas dimensões, os seus desafios contemporâneos, o seu contexto nacional e internacional, bem como a necessidade de sua efetivação.

No terceiro capítulo foram abordados os Direitos Humanos Fundamentais dos presos e processados previstos no texto constitucional e que carecem de efetivação. Será dado destaque à presunção de inocência, a proibição de tortura e a proibição da pena de morte. Também serão retratadas as agressões sofridas contra os direitos dos presos.

No quarto capítulo foi abordada a relação entre a ausência de cidadania e a inefetividade dos Direitos Humanos Fundamentais dos presos e processados. Foram analisados de maneira específica: a ausência dos direitos sociais, a dificuldade do amplo acesso à justiça, a não efetivação da LEP, o aumento da população carcerária causado pela falta de cidadania, o preconceito da sociedade, que também é co-responsável pela segurança pública nos termos do art. 144 da CF, contra os presos e processados.

Inicia-se a retrospectiva histórica com a teoria de T. H. Marshall que aborda um conceito bem abrangente de cidadania. A base teórica está principalmente fundada em Hannah Arendt que trata da condição humana, em Ingo Wolfgang Sarlet que trata da efetividade dos direitos fundamentais, em Antônio Carlos Wolkmer que discorre sobre as dimensões de direitos humanos, em Norberto Bobbio com seus estudos sobre a eficácia da norma jurídica, em Flávia Piovesan que trata sobre o direito internacional dos direitos humanos, bem como também está apoiado nas lições de direito constitucional de J. J. Canotilho, além de outros autores relacionados com o tema.

No tocante à terminologia foi escolhido o uso de direitos fundamentais dos presos, pois estarão sendo tratados de direitos humanos positivados no texto constitucional pátrio e que não estão sendo efetivados. Entretanto, quando for abordado o contexto histórico, especialmente no plano mundial, será utilizada a terminologia direitos humanos.

No desenvolvimento da pesquisa foram utilizados procedimentos metodológicos e técnicas adequadas para cada etapa da mesma. Na consulta às fontes foi utilizado o método bibliográfico com o acesso às monografias, teses, livros e artigos jurídicos que estão devidamente catalogados nas referências.

O trabalho é de cunho eminentemente jurídico baseado nos direitos fundamentais. Entretanto, o mesmo foi feito dentro de uma perspectiva transdisciplinar, que é um processo que envolve várias disciplinas que se relacionam entre si e que tem uma coordenação visando a uma finalidade comum¹. As disciplinas utilizadas no trabalho foram: direito constitucional, teoria geral do direito, direito penal, direito processual penal, direito internacional dos direitos humanos, filosofia, sociologia, ciência política, comunicação, psicologia social e história.

A metodologia dialética permeia grande parte do trabalho, na medida em que há referências às tensões e contradições dos processos culturais emancipadores da

¹ KROHLING, Aloísio. A busca da transdisciplinariedade nas ciências humanas. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV. n.º 2 jan./dez. 2007. p. 202-203.

consciência cidadã dos atores envolvidos na luta pelos seus direitos. A teoria já acumulada no assunto foi estudada para depois ser confrontada com a prática em que foram verificadas as suas contradições, depois se voltando para a teoria inicialmente estudada aperfeiçoando-a e assim por diante. Além disso, as questões analisadas não foram consideradas em sua forma estática, mas sim em um constante processo de mudança qualitativa.

Ao final do trabalho foi feita uma síntese que resultou em uma análise da relação entre a ausência de cidadania e a inefetividade dos direitos humanos fundamentais dos presos, sendo que isso também foi abordado nas considerações finais.

1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA

1.1 A CIDADANIA EM UM PROCESSO HISTÓRICO

Ao fazer uma breve análise da Constituição promulgada em 1988, percebe-se o uso da palavra cidadania por seis vezes em locais bem distintos e que contemplam os mais diversos significados da referida palavra, quer seja cidadania mais ligada à questão da nacionalidade, mais ligada à questão dos direitos políticos ou mais ligada aos direitos sociais, bem como a associações entre dois ou três dos referidos direitos.

Isso demonstra que está positivado no ordenamento constitucional pátrio um amplo espectro de direitos das pessoas, que inclusive os torna cidadãos. É claro que ainda existem vários problemas ligados à inefetividade dos referidos direitos, mesmo estando os mesmos positivados e sendo exigíveis inclusive por decisão judicial. Entretanto, ainda há controvérsias sobre a abrangência do termo cidadania e cidadão.

A expressão cidadania está hoje por toda a parte, apropriada por todo o mundo, evidentemente com sentidos e intenções diferenciados. Se isso é positivo, em certo sentido – porque indica que a expressão ganhou espaço na sociedade –, por outro, em face da rapidez e dos objetivos implícitos como são realizadas tais apropriações, faz-se necessário o esforço de precisar e delimitar o seu significado: o que se entende e o que se quer entender por cidadania.²

E a cidadania, cujo nome tem um uso constante na atualidade, está prevista como Princípio Fundamental da República, nos termos do art. 1º, II da Constituição Federal, sendo que o debate sobre o referido dispositivo constitucional trata-se de um fato juridicamente relevante³.

² FREITAS, Fábio F.B. Para além da “estadania”: pensando a cidadania como categoria estratégica. In: NEVES, Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G.; FREITAS, Fábio E. B. (org.). **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Bagaço, 2002. p. 49-81.

³ FABRIZ, Daury César. Cidadania, democracia e acesso à justiça. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 14.

É necessário frisar também que a inclusão de direitos ligados à cidadania no texto constitucional não foi obra do acaso, mas sim fruto de um longo processo histórico de identificação e construção das condições de vida em sociedade.

Para Hannah Arendt, a vida do ser humano quando o mesmo se empenha em fazer algo é vivida em conjunto com outros seres humanos, não conseguindo se afastar totalmente disso. Para a referida autora “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”⁴.

A mesma autora enfatiza a experiência da *polis* como uma forma de organização política em que o uso do discurso e da persuasão substituiu a violência como forma de convencimento.

(...) O ser político, o viver numa *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força e da violência. Para os gregos, forçar alguém mediante violência, ordenar ao invés de persuadir, eram modos pré-políticos de lidar com as pessoas, típicos da vida fora da *polis*, característicos do lar e da vida em família, na qual o chefe da casa imperava com poderes incontestes e despóticos, ou da vida nos impérios bárbaros da Ásia, cujo despotismo era freqüentemente comparado à organização doméstica.⁵

Há realmente uma necessidade de convivência mínima social entre as pessoas, o que pode causar muitas vezes embates, pois divergências são comuns. Entretanto, devem existir meios que garantam a resolução das divergências dentro de parâmetros civilizados, sem a necessidade do uso da violência. Esses parâmetros foram sedimentados aos poucos até a construção do Estado moderno.

A construção do Estado Moderno, influenciado por teóricos dos séculos XVII e XVIII, foi iniciada a partir do questionamento da distribuição desigual do poder que existia no regime anterior. Com isso consolidou-se a idéia de que os homens têm por natureza

⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.p. 31.

⁵ Ibidem. p. 35-36.

direito à liberdade e à igualdade sendo isso garantido também num pacto social firmado entre os homens⁶.

Em relação ao poder político, os indivíduos deixam, pois, de ser apenas sujeitos de deveres, enquanto súditos, para se transformarem em sujeitos de direitos, enquanto cidadãos. As leis criadas pelos homens e as instituições que delas derivam – e não mais as disposições da Natureza, a vontade de Deus ou de um monarca que o representa sobre a Terra – constituem agora a base sobre a qual se concebe a ordenação da vida social e a organização do poder político, inseparáveis ambas do estabelecimento dos direitos do homem enquanto cidadãos. (..)⁷

No Século XIX houve um processo de extensão da cidadania, havendo progressiva ampliação dos direitos fundamentais nas constituições de diversos países desde a época das primeiras revoluções modernas. O direito de voto e o de ser eleito foi ampliado para grupos que eram excluídos até então como, por exemplo: trabalhadores, mulheres, jovens, analfabetos, grupos étnicos anteriormente discriminados etc⁸.

Assim sendo, a configuração histórica do discurso da cidadania, em seu significado moderno, encontra sua gênese sob a hegemonia do estado liberal-constitucional, no estado capitalista moderno, estando vinculado, primeiramente, ao princípio da igualdade formal – que constitui o apanágio da ideologia liberal – e em tensão permanente com a desigualdade inerente à sociedade de classes. Sendo definido inicialmente pela igualdade perante à lei e pela titularidade de direitos civis, o discurso da cidadania vai tendo seu conteúdo paulatina e conflitivamente ampliado, para incorporar também direitos políticos e sócio-econômicos, na medida em que o fenômeno da industrialização – do crescimento industrial – vai tornando a sociedade moderna cada vez mais complexa, especialmente a partir do século XIX.⁹

No Século XX, a partir de um processo iniciado em fins do século anterior, foi acrescentado a esse rol de direitos os direitos sociais como, por exemplo: dignidade das condições de vida, justa remuneração pelo trabalho, direito à saúde, direito à educação, direito à previdência social e outros. Isso tudo com o objetivo de possibilitar as pessoas vítimas de desigualdades sociais a participarem integralmente da vida social e política de uma nação. Essas pessoas tinham os seus direitos civis e políticos

⁶ QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987. p. 23.

⁷ Ibidem, p. 4.

⁸ Ibidem, p. 30.

⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 62.

assegurados pela lei, mas isso por si só não garantia aos mesmos o acesso a essa vida social e política¹⁰.

(...) O que se deve garantir é não só o exercício dos direitos de cidadania por ela já estabelecidos como também a autonomia necessária à sociedade para que os seus membros possam, segundo seus interesses, valores e aspirações, e segundo a força de que dispõem para fazê-los reconhecer, ampliar de modo constante sua participação nas decisões que concernem à vida social e política de seu país, pois só nessa medida o conjunto de seu povo estará exercendo de fato seus direitos enquanto cidadãos. (...).¹¹

Estas inovações ocorridas em termo de cidadania no continente europeu não foram logo implementadas em território brasileiro. No Brasil o poder do Estado foi implantado antes de um sentimento nacional, sendo que no período colonial o território brasileiro era vítima de uma exploração portuguesa e mesmo depois da declaração de independência não houve uma influência imediata dos ideais libertários da Revolução Francesa¹². Raimundo Faoro aborda o referido assunto destacando que

(...) Portugal não buscava, na América, o reflexo de suas instituições, numa réplica nova de um reino velho – o que ele visava era o prolongamento passivo de suas instituições, armadas de poderes para criar, do alto, por obra da moldura jurídica, a vida política. Para essa empresa, obra das leis e da espada, era necessário o avassalamento da economia, com o desenvolvimento pré-moldado ao plano estatal. (...).¹³

Não há dúvida aqui que o tratamento que Portugal dispensava ao Brasil era realmente de uma verdadeira colônia, de um local que o país dominante apenas imporia as suas vontades e exploraria as suas riquezas naturais até o exaurimento das mesmas.

Outro fator foi a alternância, isso desde a independência até o século XX, de governos autoritários com governos populistas, embora isso dificulte, mas não inviabiliza a

¹⁰ QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987. p. 31.

¹¹ Ibidem, p. 34.

¹² Ibidem, p. 36.

¹³ FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 172.

construção de uma sociedade democrática estável no Brasil¹⁴. E no período após 1978, que representa o início da derrocada do regime militar no Brasil, verifica-se uma luta em prol da cidadania.

(...). Com efeito, o tipo de estado burocrático-autoritário apresenta, como uma de suas características vertebrais de sustentação, a exclusão participativa e econômica do setor popular e o fechamento dos canais de acesso à democracia, através de uma drástica desmobilização do exercício da cidadania, cujos meios acabaram por gerar, paradoxalmente, a sua reemergência e que se dá, no Brasil, na conjuntura de luta pós-78.¹⁵

Raimundo Faoro também aborda a questão do populismo, que é um fenômeno mais recente, afirmando que

O populismo, fenômeno político não especificamente brasileiro, funda-se no momento em que as populações rurais se deslocam para as cidades, educadas nos quadros autoritários do campo. O coronel cede o lugar aos agentes semi-oficiais, os *pelegos*, com o chefe do governo colocado no papel de protetor e pai, sempre autoritariamente, pai que distribui favores simbólicos e castigos reais. (...).¹⁶

A dependência por parte da população de um chefe político, bem como a crença de que ao mesmo deve ser concedido o poder para que a proteja, revela algo totalmente incompatível a um conceito de cidadania, que, muito pelo contrário, prevê a emancipação das pessoas. Os direitos das pessoas devem ser vistos por elas como conquistas suas e não como concessão dos governantes.

Outro ponto a ser destacado é a possível ambigüidade no discurso da cidadania. Por um lado ele pode ser potencialmente autoritário e do outro pode ser democrático.

O sentido autoritário do discurso da cidadania é exatamente aquele que se materializa univocamente, que defende o discurso único da cidadania e, nesse sentido, aprisiona seu significado, neutraliza seus componentes políticos e sua natureza de processo social contraditório; impede, enfim, a tematização e problematização dos componentes democráticos-plurais da cidadania, reduzindo-a a um sentido autoritário. (...)

¹⁴ QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987. p. 40.

¹⁵ ANDRADE, op. cit., p. 10, nota 9.

¹⁶ FAORO, op. cit., p. 793, nota 13.

No entanto, o discurso jurídico dogmático da lei que reduz o significado da cidadania a seu significado legal, apresentando o Estado como seu único emissor autorizado, é um discurso autoritário, que possui uma função ideológica manifesta, ao procurar impedir a tematização de suas significações extranormativas.¹⁷

A cidadania tem um conteúdo jurídico muito claro e isso está previsto na própria Constituição. Entretanto, ela também deve ser analisada sob o ponto de vista político bem como social, sendo que o Estado não deverá ser o único provedor nem a única fonte normativa da cidadania, embora tenha obrigações concretas nessa área.

Também é bom ressaltar que, dentro do próprio sistema capitalista abre-se um espaço discursivo em que as contradições sociais aparecem, o que possibilita a luta pela cidadania dos setores excluídos¹⁸.

Com efeito, se não houvesse sujeitos excluídos dos direitos de cidadania (se todos fossem concretamente iguais perante a lei) ou, se as sociedades não se tornassem constantemente mais complexas, gerando novos conflitos, novas formas de luta e reivindicações por novos direitos, a luta pela conquista/ampliação da cidadania seria desprovida de sentido. (...).¹⁹

Mas o que seria cidadania então? Não há uma definição clara do que seja cidadania, pois nem Marshall, que a seguir será comentado, nem outros autores fazem isso. “O conceito vem muito mais ligado ao direito, ou aos direitos, confundindo-se praticamente com o referente direitos humanos. Como regra, cidadãos são os portadores de direitos, entre eles os discriminados”²⁰.

A cidadania enquanto vivência dos direitos humanos é uma conquista da burguesia: direitos de cidadania são os direitos humanos, que passam a constituir-se em conquista da própria humanidade. A cidadania, pois, significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor da população voltada para a superação da exclusão existente.²¹

¹⁷ ANDRADE, op. cit., p. 71-72, nota 9.

¹⁸ Ibidem, p. 72.

¹⁹ Ibidem, p. 72.

²⁰ CORRÊA, Darciso. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 216-217.

²¹ Ibidem.. p. 217.

Vale destacar que no contexto positivista-liberal, a cidadania é vista como meramente uma vinculação jurídica de uma pessoa com o Estado, tendo essa mesma pessoa alguns direitos políticos. Essa concepção eminentemente jurídica da cidadania foi fundamentada pelo constituinte francês Emmanuel Sieyès que separou a cidadania civil da política. A primeira é também chamada de cidadania passiva e que se refere a uma pessoa pertencer a um Estado tendo em relação ao mesmo direitos e deveres. Já a segunda é também chamada de cidadania ativa e se refere ao direito de influenciar na vida política. Em 1789 foi proclamada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e o próprio título já demonstrava que havia uma separação entre todos os seres humanos e aqueles que seriam cidadãos. Não há dúvida que para o contexto da época isso foi um avanço em relação à sociedade anterior que não tinha um mínimo de direitos. Entretanto, a cidadania ficou restrita, especialmente a política, pois a mesma foi reservada a um grupo restrito, já que somente pessoas com poder econômico tinham direito de escolher os dirigentes políticos²².

Cabe destacar que mesmo quando o direito de voto foi estendido a todos os adultos, independente de poder econômico e de sexo, ainda assim a cidadania não passou a ser plena. Havia sim o direito de voto a todos, mas com uma população sem acesso a condições sociais básicas, inclusive o acesso à educação e o acesso à justiça, havia²³ uma fragilidade do eleitor no momento do voto, sendo o mesmo influenciado pelo poder econômico. Faltava um componente na cidadania para torná-la ampla que é o seu elemento social e que foi abordado por T. H. Marshall.

²² CORRÊA, op. cit., p. 217-219, nota 20.

²³ O uso do tempo pretérito (havia) não quer dizer automaticamente que existiam problemas no passado que hoje não mais existem. Apenas é utilizado para destacar uma época em que não se cogitava os direitos sociais como parte integrante da cidadania. Atualmente eles são aceitos como tal, embora não estejam plenamente efetivados.

1.2 A CONTRIBUIÇÃO DE T. H. MARSHALL PARA UM CONCEITO MAIS AMPLO DE CIDADANIA

No processo de sistematização do conceito de cidadania existe a contribuição do sociólogo inglês T. H. Marshall²⁴, sendo que o mesmo é citado por diversos autores brasileiros que tratam do assunto. Na introdução à edição brasileira do livro *Cidadania, Classe Social e Status*, que na realidade é uma coletânea de palestras e artigos feitos pelo referido autor de 1946 a 1960, Phillip C. Schmitter afirma que “Marshall é um sociólogo da tradição de Toqueville, Marx, Engels, Pareto, Michels e Weber”, pois focaliza os processos de mudança social e as suas conseqüências, especialmente em relação a instituições e valores políticos²⁵.

O cidadão não pode ser simplesmente alguém que tenha nacionalidade e tenha alguns direitos políticos. O cidadão deve ser sim o membro completo de uma sociedade, e aí terá realmente cidadania, que é constituída por uma igualdade humana básica em conjunto com o direito de participação integral na sociedade, sendo que isso não seria incompatível com as desigualdades econômicas que existem entre as pessoas²⁶. “Em outras palavras, a desigualdade de um sistema de classes sociais pode ser aceitável desde que a igualdade de cidadania seja reconhecida”²⁷.

Existe uma busca incessante pela igualdade total entre as pessoas sendo que isso já foi tentado nos países que adotaram o regime socialista, mas houve várias dificuldades. Entretanto, o que Marshall quer dizer é que havendo a igualdade de cidadania, ou seja, igualdade de oportunidade a todos, seria possível admitir a desigualdade entre as classes sociais.

²⁴ Muitas das considerações feitas por T. H. Marshall referem-se à realidade inglesa que ele vivenciou e analisou com mais precisão. Entretanto, isso não afasta a sua análise de nossa realidade, já que muitos dos avanços que tivemos em matéria de cidadania são provenientes de experiências de outros países.

²⁵ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 7.

²⁶ Ibidem, p. 61-62.

²⁷ Ibidem, p. 62.

Mas o que seria a cidadania? T H Marshall vai além de um conceito tradicional que a cidadania estaria restrita aos direitos políticos e ao direito de nacionalidade. A cidadania é algo mais amplo e que leva ao que foi abordado no parágrafo anterior: o cidadão a ser um membro completo da sociedade. Nesse contexto, a partir da análise da evolução histórica, Marshall divide a cidadania em três elementos: o civil, o político e o social²⁸.

(...). O elemento civil é composto por direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.²⁹

A delimitação da cidadania em três elementos facilita a sua análise, bem como facilita a sua efetivação, já que cada um dos referidos elementos possui especificidades, embora estejam de alguma maneira interligados, pois o fato de alguém ter acesso à educação (elemento social) o auxilia em muito, por exemplo, a exercer de maneira consciente o direito de voto (elemento político) e a exigir a sua livre manifestação do pensamento (elemento civil).

Na antiguidade e também um pouco na era medieval esses três elementos³⁰ estavam fundidos, pois as instituições eram amalgamadas já que as funções do Estado não eram bem delimitadas, já que uma mesma instituição poderia exercer funções de uma

²⁸ MARSHALL, op. cit., p. 63, nota 25

²⁹ Ibidem, p. 63-64.

³⁰ O autor não está querendo dizer que na antiguidade e na era medieval esses elementos da cidadania existiam de maneira suficiente e apenas estariam garantidos por uma única instituição. Na realidade, o autor quer dizer que os poucos direitos que o cidadão tinha, provinham de uma mesma instituição. Vale lembrar que o princípio da separação de poderes foi introduzido posteriormente.

assembléia legislativa, um conselho governamental e de um tribunal de justiça³¹. Entretanto, com o tempo esses elementos foram sendo separados e cada um foi seguindo o seu caminho próprio até o Século XX quando se aproximaram novamente³². Durante a história, houve momentos de afirmação de cada um dos elementos da cidadania: os direitos civis no Século XVIII, os políticos no Século XIX e os sociais no Século XX, mas isso deve ser considerado com alguma elasticidade³³, na medida que existem entrelaçamentos entre os mesmos³⁴.

No tocante aos direitos civis, várias questões foram fundamentais para o seu avanço, como é o caso da introdução do instituto do *habeas corpus*, da liberdade de imprensa, da igualdade jurídica entre as pessoas, do acesso à justiça, do fim da censura etc. Na defesa dos direitos civis destacou-se a atuação dos tribunais judiciais em defesa dos direitos individuais³⁵.

Os direitos civis, que em sua maioria estão positivados como direitos individuais, estão muito claros no texto constitucional e eles se referem a uma prestação negativa do Estado, isto é, não violar determinado direito do cidadão. Havendo a violação, o Poder Judiciário então pode e deve ser acionado.

Mesmo com o avanço dos direitos civis não houve uma garantia dos direitos políticos, pois os mesmos ainda não estavam inseridos no contexto da cidadania. Ter direitos políticos era privilégio de uma minoria, mas isso foi sendo mudado entre o final do Século XIX e o início do Século XX, com o sufrágio universal e com o direito de voto da mulher³⁶.

³¹ MARSHALL, op. cit., p. 64, nota 25.

³² Ibidem, p. 65.

³³ Também há de se considerar que embora existam realmente épocas da construção de cada tipo de direito, nas épocas posteriores cada direito continuou em construção, num constante processo de aperfeiçoamento. Além disso, a efetivação de um direito pode contribuir com a efetivação de outro tipo de direito.

³⁴ MARSHALL, op. cit., p. 66, nota 25.

³⁵ Ibidem, p. 66.

³⁶ Ibidem, p. 69-70.

Isso demonstra que a conquista dos direitos pelas pessoas faz parte de um processo em que aquilo que era privilégio apenas de uma minoria dominante acaba também sendo acessado pela maioria de uma população.

No tocante aos direitos sociais T. H. Marshall traz o exemplo inglês da *Poor Law* (Lei dos Pobres) que remonta ao Século XVIII e que, dentre outras coisas, tinha o objetivo de estabelecer uma renda aos trabalhadores além daquela que era possível o mercado oferecer. A partir de 1834 passou a atender somente aos que devido à idade e à doença não podiam prover o próprio sustento, sendo uma forma de previdência social. Além disso, estabeleceu um divórcio entre os direitos sociais e o *status* de cidadania, ou seja: a pessoa somente era atendida socialmente caso renunciasse a direitos políticos que possuísem, sendo que isso somente foi revogado em 1918. No século XIX foram lançadas as fundações dos direitos sociais, mas não como parte integrante da cidadania, sendo que isso ocorreu no século seguinte³⁷.

A tentativa de prestar direitos sociais totalmente separados da questão da cidadania é uma forma de tentar iludir a população e de mantê-la eternamente dependente dos favores estatais.

Outro fator interligado ao *status* da cidadania é a educação. Para que se exerça os vários direitos, sejam eles civis, políticos e também os próprios direitos sociais, dos quais a educação é parte, é necessário que os cidadãos tenham o conhecimento necessário.

(...) A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno, porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança freqüentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. (...). A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil.³⁸

³⁷ MARSHALL, op. cit., p. 72-73, nota 25.

³⁸ Ibidem, p. 73.

A educação é um direito, mas também é um dever público que é imposto aos indivíduos, principalmente às crianças. Mas não é um direito e dever apenas individual, é sim um direito e dever social³⁹.

O dever de auto-aperfeiçoamento e de autocivilização é, portanto, um dever social e não somente individual porque o bom funcionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros. E uma comunidade que exige o cumprimento dessa obrigação começou a ter consciência de que sua cultura é uma unidade orgânica e sua civilização uma herança nacional. Depreende-se disto que o desenvolvimento da educação primária pública durante o século XIX constituiu o primeiro passo decisivo em prol do restabelecimento dos direitos sociais da cidadania no século XX.⁴⁰

Como já abordado, Marshall dividiu a cidadania em três elementos: civil, político e social, inclusive demonstrando que os mesmos foram se consolidando na referida ordem durante a história. E o referido autor também diferencia a cidadania de classe social.

A cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*. Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades, nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação a qual a aspiração pode ser dirigida. A insistência em seguir o caminho assim determinado equivale a uma insistência por uma medida efetiva de igualdade, um enriquecimento da matéria-prima do *status* e um aumento no número daqueles a quem é conferido o *status*. (...).⁴¹

Já a classe social é um sistema de desigualdade que também pode estar baseada em ideais, crenças e valores. Diante disso, é natural, então, que os princípios de cidadania se choquem com os de classe social, pois a primeira prima pela igualdade e a segunda prima pela desigualdade⁴². Mas há duas formas de classe social que têm que ser examinadas para que se analise o conflito delas com a cidadania.

³⁹ No Brasil, a Constituição Federal trabalha a educação como um direito, mas também como um dever. Vide o art. 201, I, que determina que a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria” é uma forma de efetivar o dever do Estado para com a educação.

⁴⁰ MARSHALL, op. cit., p. 74, nota 25.

⁴¹ Ibidem, p. 76.

⁴² MARSHALL, op. cit., p. 76, nota 25.

Na primeira forma, há diferença de classe devido a uma hierarquia estabelecida pela lei ou por costumes estabelecidos. Essa forma era mais comum nas sociedades medievais e anteriores a mesma, pois as pessoas eram divididas em patrícios, plebeus, servos, escravos⁴³ etc. Existia sim uma hierarquia de uma classe sobre a outra, mas não poderia ser medida simplesmente pela diferença do padrão de vida, mas já era pré-estabelecida pela lei e pelo costume. Esse tipo de desigualdade de classe social é totalmente incompatível com a noção de cidadania⁴⁴.

Na segunda forma de classe social ela não é diretamente um produto das leis nem dos costumes sociais⁴⁵, “mas elas emergem da combinação de uma variedade de fatores relacionados com as instituições da propriedade e educação e a estrutura da economia nacional”⁴⁶.

A primeira forma de classe social é mais estática. Em regra a pessoa nascia nobre e morria nobre, ou nascia plebeu e morria plebeu, sendo que a mobilidade de classe social era rara. Já a segunda forma é mais dinâmica, pois nada impede que uma pessoa nasça pobre e morra rica e vice-versa, ou também nasça em uma família com pouca formação educacional e consiga fazer curso superior.

A desigualdade social é considerada como necessária, pois tem o propósito de incentivar que as pessoas se esforcem para ascender de nível social e conquistar o poder. Entretanto, essa desigualdade pode se tornar excessiva podendo resultar situações de pobreza e até de indigência, o que deve ser evitado com a garantia de padrões mínimos de existência⁴⁷.

A desigualdade excessiva é algo indesejado, mesmo para quem defende o sistema capitalista como modelo econômico, pois degenera a sociedade como um todo e causa

⁴³ Há de se ressaltar que nas referidas sociedades não havia igualdade jurídica.

⁴⁴ MARSHALL, op. cit., p. 77, nota 25.

⁴⁵ Nessa segunda forma de classe social há a igualdade jurídica entre as pessoas, o que foi conquistado na Revolução Francesa, mas não há a igualdade econômica e nem cultural.

⁴⁶ MARSHALL, op. cit., p. 77, nota 25.

⁴⁷ MARSHALL, op. cit., p. 77-78, nota 25.

várias conseqüências, dentre as quais a criminalidade, que inclusive ameaça a quem tem mais bens acumulados.

Quando o núcleo da cidadania se compunha apenas dos direitos civis não havia um conflito da mesma com a desigualdade, muito pelo contrário, os referidos direitos eram necessários à manutenção da própria desigualdade⁴⁸.

(...) E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo. (...)⁴⁹

Os direitos civis possibilitam que as pessoas lutem pelos objetos que gostariam de possuir, mas não garantem o acesso a nenhum deles.

(...) Um direito de propriedade não é um direito de possuir propriedade, mas um direito de adquiri-la, caso possível, e de protegê-la, se se puder obtê-la. Mas, caso se lance mão desses argumentos para explicar a um pobre que seus direitos de propriedade são os mesmos daqueles de um milionário, provavelmente o indigente nos acusará de estar sofismando. Da mesma maneira, o direito à liberdade de palavra possui pouca substância se, devido à falta de educação, não se tem nada a dizer que vale a pena ser dito, e nenhum meio de se fazer ouvir se há algo a dizer. Mas essas desigualdades gritantes não são devidas a falhas nos direitos civis, mas à falta de direitos sociais, e os direitos sociais, nos meados do século XIX, não tinham expressão.⁵⁰

Pelo que se depreende da citação anterior, não são falhas nos direitos civis que causam as desigualdades gritantes na sociedade, mas sim a falta de direitos sociais. Os direitos civis buscam garantir a igualdade jurídica entre as pessoas, mas acabam convivendo bem com a desigualdade em termos econômicos. Já garantia de direitos sociais pode reduzir a desigualdade. E os direitos políticos, embora tenham mais condições de questionar a desigualdade social, também têm limitações nos seu exercício.

(...). Os direitos civis deram poderes legais cujo uso foi drasticamente prejudicado por preconceito de classe e falta de oportunidade econômica. Os direitos políticos deram poder potencial cujo exercício exigia experiência,

⁴⁸ Ibidem, p. 79.

⁴⁹ Ibidem, p. 79.

⁵⁰ Ibidem, p. 80.

organização e uma mudança de idéias quanto às funções próprias de Governo. Foi necessário bastante tempo para que estes se desenvolvessem. Os direitos sociais compreendiam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. A finalidade comum das tentativas voluntárias e legais era diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão de desigualdade do qual a pobreza era, obviamente, a conseqüência mais desagradável.⁵¹

E por direitos sociais também não se compreende a mera ajuda humanitária, mas sim um processo que leve a redução das desigualdades sociais, existindo um direito ao efetivo acesso aos bens necessários à sobrevivência e qualidade de vida, ou seja, aos elementos essenciais do bem estar social.

Essas aspirações se tornaram realidade, ao menos em parte, pela incorporação dos direitos sociais ao *status* da cidadania e pela conseqüente criação de um direito universal a uma renda real que não é proporcional ao valor de mercado do reivindicador. O objetivo dos direitos sociais constitui ainda a redução das diferenças de classe, mas adquiriu um novo sentido. Não é mais a mera tentativa de eliminar o ônus evidente que represente a pobreza nos níveis mais baixos da sociedade. Assumiu o aspecto de ação modificando o padrão total da desigualdade social. Já não se contenta mais em elevar o nível do piso do porão do edifício social, deixando a superestrutura como se encontrava antes. (...).⁵²

O autor não propõe a simples eliminação das classes, mas sim “uma sociedade na qual as diferenças de classe sejam legítimas em termos de justiça social (...)”⁵³. Nesse processo a educação cumpre um papel fundamental, pois ela pode eliminar o privilégio hereditário a partir não de classes iguais, mas sim de igualdade de oportunidade para todos. O acesso amplo à educação possibilita que um jovem pobre possa ter o mesmo desempenho que um jovem rico. Isso pode com o tempo reduzir a desigualdade⁵⁴. Deve-se ressaltar que “o *status* adquirido por meio da educação acompanha o indivíduo por toda a vida com o rótulo de legitimidade, porque foi conferido por uma instituição destinada a dar aos cidadãos seus justos direitos”⁵⁵.

Essa defesa da educação feita pelo autor é algo que deve ser ressaltado, pois ele comprova que a mesma tem um papel emancipatório, não somente por conscientizar as

⁵¹ MARSHALL, op. cit., p. 87-88, nota 25.

⁵² Ibidem, p. 88.

⁵³ Ibidem, p. 98.

⁵⁴ Ibidem, p. 101.

⁵⁵ MARSHALL, op. cit., p. 102, nota 25.

peças dos seus direitos, mas também por proporcionar que as pessoas adquiram algo que, independente de qualquer coisa, será vitalício. Além disso, o acesso de todos a uma educação de qualidade é um fator que reduz a desigualdade, não de uma só vez, mas sim ao longo do tempo e de uma maneira sedimentada.

A influência do T. H. Marshall na formulação de um conceito mais amplo de cidadania é reconhecida. Entretanto, existem algumas considerações que podem ser feitas ao seu trabalho, especialmente pelo mesmo se reportar a um país que é a Grã-Bretanha na parte do Século XX em que estava em ascensão o Estado do Bem Estar Social, sendo um cenário que não é o mesmo dos dias de hoje.

Para Zygmunt Bauman as idéias de T. H. Marshall foram uma tentativa de generalizar o que ocorreu na Grã-Bretanha nos aspectos civis, políticos e sociais para o resto do mundo⁵⁶.

Em outras palavras: esperava-se – acreditava-se – que, uma vez alcançada a segurança pessoal quanto à opressão, as pessoas se reuniriam para resolver seus interesses em comum por meio da ação política, e o resultado da participação sempre crescente, e por fim universal, seria a sobrevivência coletivamente garantida – em relação à pobreza, à ameaça do desemprego, à incapacidade de garantir diariamente a existência dia após dia. Para resumir uma longa história: uma vez livres, as pessoas se tornariam politicamente interessadas e ativas, e por sua vez promoveriam efetivamente a equidade, a justiça, a proteção mútua, a fraternidade...⁵⁷

Entretanto, essa lógica apresentada por T. H. Marshall não se concretizou totalmente na prática mesmo no Estado de Bem Estar Social, sendo que isso foi agravado posteriormente pelo processo de globalização que enfraqueceu o Estado-Nação reduzindo a sua capacidade de “proteção” e com isso gerando muitos excluídos⁵⁸.

Não há dúvida que as idéias de Marshall foram produzidas antes da década de 1980 e, portanto, foram elaboradas antes da onda neoliberal e de globalização que

⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR, 2005. p. 46.

⁵⁷ Ibidem. p. 49.

⁵⁸ BAUMAN, op. Cit., p. 49-53, nota 56.

influenciaram o mundo nos últimos anos. Isso deve ser levado em conta no momento de analisar o referido autor, mas não deve causar o abandono de suas idéias.

Elisa Reis evidencia a reclamação feita contra Marshall por Dharendorf e Gidens que entendiam que o desenvolvimento da cidadania poderia atenuar a luta de classes. Mas isso não era consenso já que para outros autores, como é o caso de Bryan Turner, a luta de classes resulta no avanço da cidadania. Entretanto, segundo a referida autora: “A verdade, porém, é que todos os autores que discutiram a questão dentro do parâmetro classe *versus* cidadania continuaram informados pela lógica do próprio Marshall”⁵⁹.

José Murilo de Carvalho entende que no Brasil não se aplica o modelo inglês, pois a ordem dos direitos foi diferente, sendo que no Brasil, devido às particularidades locais, os direitos sociais precederam os outros, mas mesmo assim o estudo das idéias de T. H. Marshall serve para comparar por contraste⁶⁰.

As críticas á teoria formulada por T. H. Marshall, seja por sua limitação ou também seja pela sua não aplicabilidade direta ao caso brasileiro, não tem o condão de desmerecer a referida teoria. O seu estudo é relevante, pois revela pontos fundamentais da cidadania, como é o caso de que a mesma deve ser mais ampla, não congregando apenas os direitos civis e políticas, mas também os sociais.

1.3 A CIDADANIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

⁵⁹ REIS, Elisa. Cidadania: história, teoria e utopia. In: PANDOLFI, Dulce Chaves at all (org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 14.

⁶⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 11-12.

A partir de um exame das constituições brasileiras desde a do império, percebe-se que no tocante à cidadania/nacionalidade não há uma teoria definida sobre a mesma, assim como há indeterminação na própria teoria jurídica⁶¹.

Na realidade, a cidadania está mais consolidada na atual constituição, que possui um rol amplo de direitos e garantias fundamentais, aí incluídos os direitos sociais. Mas é claro que o que está inserido atualmente no texto constitucional foi fruto de um processo de lutas históricas e que aos poucos foram sendo inseridos nas constituições anteriores até chegar ao estágio atual, o que será explicado a seguir.

Na Constituição do império de 25 de março de 1824 a cidadania é designada como o atributo jurídico da nacionalidade, bem como ao exercício dos direitos políticos pelos cidadãos (nacionais) ativos⁶².

A carta constitucional de 1824 introduz assim dupla identificação: da cidadania com a nacionalidade e da cidadania ativa com os direitos políticos, sendo a única na história das Constituições brasileiras a fazer referência expressa à cidadania ativa.⁶³

Embora houvesse a previsão do direito à cidadania no texto constitucional a população escrava era excluída da mesma não sendo nem mesmo reconhecidos os seus direitos civis. Os pobres também estavam excluídos da cidadania, pois os mesmos não votavam devido ao voto censitário, resultando numa constituição até mesmo longe dos valores liberais e bem mais longe dos valores democráticos, limitando a participação social e política a uma pequena elite⁶⁴.

A Constituição de 1824 foi outorgada por um imperador e estava longe de valores democráticos. Nem mesmo os ventos democráticos e liberais da Revolução Francesa conseguiram influenciar a referida Constituição. Além disso, como já foi comentado neste trabalho, existia ainda uma grande influência histórica de Portugal em nossa

⁶¹ ANDRADE, op. cit., p.42, nota 9.

⁶² Ibidem, p. 44.

⁶³ Ibidem, p. 44.

⁶⁴ QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987. p. 48.

política, que queria o Brasil apenas como uma colônia a ser explorada, sendo que isso continuou gerando conseqüências mesmo após a independência.

A Constituição de 1891, promulgada após a proclamação da República, traz em seu texto, inserido no art. 69 sob o título de *Dos Cidadãos Brasileiros* a identificação entre cidadania e nacionalidade⁶⁵. É uma constituição que traz avanços no aspecto da cidadania, especialmente no que se refere ao direito de votar e de ser votado, já que define o Brasil como República. Mesmo assim, deixa de fora do direito ao voto as mulheres, os soldados, os mendigos, os religiosos e os analfabetos, estes últimos muito numerosos na referida época⁶⁶.

A definição do Brasil como República é um marco relevante na construção da cidadania, pois houve a aquisição do direito político de escolher quem governa o País. Entretanto, ainda era um voto elitista tendo em vista as várias exclusões feitas ao referido direito que, por exemplo, não era extensivo às mulheres.

No caso da Constituição de 1934, não há uma referência expressa à cidadania ou a cidadãos brasileiros, mas no seu art. 106 estabelece quem são os brasileiros⁶⁷. Entretanto, pela primeira vez na história constitucional brasileira, uma constituição estabelece “que o voto deve ser secreto, como uma forma evidente de se proteger a liberdade do cidadão contra a coerção do voto de cabresto” determinada pela subordinação do eleitor aos poderosos locais⁶⁸. A referida constituição também inova ao ser a primeira a inserir dispositivos relativos a direitos sociais, tais como: salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas, férias, assistência médica etc⁶⁹.

⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 44.

⁶⁶ QUIRINO, op. cit., p. 51-52, nota 64.

⁶⁷ ANDRADE, op. cit., p. 44, nota 9.

⁶⁸ QUIRINO, op. cit., p. 54, nota 64.

⁶⁹ QUIRINO, op. cit., p. 55, nota 64.

A Constituição de 1934 durou muito pouco, tendo em vista que o Governo de Getúlio Vargas foi tornando-se cada vez mais autoritário, até o momento em que assumiu isso ao outorgar a Constituição seguinte rompendo com vários direitos fundamentais.

A identificação explícita da cidadania voltou a ser inserida no texto da Constituição de 1937, outorgado na época do regime ditatorial conhecido como Estado Novo, e que continuou a identificar cidadania com nacionalidade⁷⁰. Embora a referida Constituição utilizasse expressamente a palavra cidadania ela foi um verdadeiro retrocesso, pois teve inspiração fascista tendo concentrando o poder na mão do poder executivo federal além de restringir a independência do poder legislativo e do poder judiciário⁷¹.

O regime do Estado Novo foi uma negação da democracia e um grande retrocesso na política nacional. Entretanto, é um período que marca a concessão, por parte do governo, de um rol de direitos sociais, inclusive a legislação trabalhista, mesmo de uma forma muito paternalista e não emancipatória.

Com a redemocratização do país após a queda de Getúlio Vargas ocorrida em 1945, veio uma nova Constituição, que foi promulgada em 18 de setembro de 1946. Ela não faz referência expressa à cidadania, sendo que o assunto sobre nacionalidade está tratado no capítulo intitulado *Da Declaração de Direitos*⁷². A referida constituição restituiu alguns direitos que haviam sido tirados pela constituição anterior.

(...) Contra o intervencionismo estatal e o autoritarismo do governo do Estado Novo, ela procuraria restituir à sociedade civil sua iniciativa, e aos cidadãos, alguns direitos essenciais, recuperando a inspiração liberal da primeira Constituição Republicana.⁷³

(...) Contudo, a Constituição de 1946 amplia de modo ainda mais direto a cidadania, ao abolir os instrumentos que cerceavam as liberdades dos cidadãos no Estado Novo e ao ampliar seus direitos, garantindo-lhes a liberdade de associação sindical e, inclusive, o direito de greve, o direito de organização partidária, direito ao trabalho, de acesso à educação e à cultura etc. Assim, aliando uma preocupação democrática à inspiração liberal, essa Constituição restitui aos cidadãos as liberdades civis e políticas fundamentais,

⁷⁰ ANDRADE, op. cit., p. 45, nota 9.

⁷¹ QUIRINO, op. cit., p. 56-57, nota 64.

⁷² ANDRADE, op. cit., p. 45, nota 9.

⁷³ QUIRINO, op. cit., p. 60, nota 64.

preservando ao mesmo tempo a conquista de alguns direitos sociais estabelecidos no período anterior. (...).⁷⁴

A Constituição de 1946 sustentou um regime democrático no Brasil que durou até o golpe de 1964. Pode ser considerada como uma constituição que respeitou os direitos civis, políticos e sociais, embora os governos do período foram marcados por instabilidade política.

A palavra cidadania também não é mencionada na Constituição de 1967, sendo que na mesma há um capítulo denominado *Da Nacionalidade*. Também não é mencionada na Emenda 1 de 17 de outubro de 1969 que praticamente resultou em uma nova constituição⁷⁵. Foi uma constituição autoritária, outorgada pelo regime militar. Centralizou os poderes na União, autorizando inclusive o Presidente da República a suspender o *habeas corpus*, bem como intervir em Estados e Municípios, dentre outras arbitrariedades permitidas constitucionalmente, como é o caso do voto indireto e da suspensão dos direitos políticos por ato presidencial. Isso persistiu até 1978 quando se iniciou um processo de distensão e posterior abertura no regime político brasileiro⁷⁶.

Assim como a Constituição de 1937, a de 1967 também marcou um retrocesso no processo histórico de evolução civil, política e social do Brasil. Foram feitas por regimes autoritários com o intuito de centralizar totalmente o poder na mão do governo federal.

Em conclusão, as Cartas constitucionais brasileiras têm, historicamente, tratado a cidadania e a nacionalidade indistintamente. As Constituições de 1824 e 1891 aludem expressamente à cidadania. A Constituição de 1934 se refere apenas à brasilidade. As Constituições de 1937 e 1946 se referem à cidadania e à nacionalidade. E as Constituições de 1967 e a vigente⁷⁷ mencionam apenas a nacionalidade. No entanto, o conteúdo subjacente é sempre a construção jurídica da nacionalidade, com suas variações históricas; ou seja, trata-se apenas dos direitos da nacionalidade, inexistindo alusão a outros direitos de cidadania.⁷⁸

⁷⁴ QUIRINO, op. cit., p. 62, nota 64.

⁷⁵ ANDRADE, op. cit., p. 45-46, nota 9.

⁷⁶ QUIRINO, op. cit., p. 66-69, nota 64.

⁷⁷ A Constituição vigente mencionada no texto refere-se à Constituição de 1967/69, pois o mesmo foi escrito em 1987, antes da Constituição de 1988, embora somente tenha sido publicado em 1993.

⁷⁸ ANDRADE, op. cit., p. 46-47, nota 9.

Na década de 1980 ocorreu um movimento no Brasil em favor da redemocratização que teve como uma das mobilizações a campanha pelas eleições diretas para presidente da república, feita em 1984, que não teve êxito completo já que a Emenda à Constituição que possibilitaria as eleições diretas não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Entretanto, a referida campanha foi mais um foco de resistência a um terrível período de arbítrio no Brasil, que culminou com a eleição, mesmo que indireta, de um presidente civil em 1985 dando fim ao regime militar, bem como a convocação de um Congresso Constituinte, cuja eleição ocorreu em 1986 e que tinha a esperança de construir uma sociedade democrática com garantia dos direitos do cidadão⁷⁹.

A campanha pela redemocratização do Brasil na década de 1980 foi um marco no processo de conscientização das massas populares sobre a importância da luta pela exigências dos direitos básicos da população, incluídos aí os direitos humanos e os direitos políticos, que foram muito ultrajados durante o regime militar.

1.4 A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Procurando na Constituição Federal pelo vocábulo cidadania, o mesmo será encontrado em seis pontos do texto de nossa Carta Magna, podendo ter em cada um significado mais amplo ou mais restrito dependendo da situação.

No art. 1º, II foi inserida como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, no mesmo patamar, por exemplo, da soberania e da dignidade da pessoa humana. O referido dispositivo abrange a cidadania nos seus aspectos civil, político e social. Na realidade, “(...) ninguém pode considerar-se propriamente cidadão enquanto não responder a tantas outras exigências: o direito à vida, à liberdade e até a uma morte digna – além, é claro, de deveres”⁸⁰.

No art. 5º LXXI a cidadania é causa para que seja impetrado mandado de injunção, sempre que houver falta de norma regulamentadora que torne inviável o seu exercício.

⁷⁹ QUIRINO, op. cit., p. 69.

⁸⁰ FABRIZ, op. cit., p. 33, nota 3.

É comum determinado direito estar previsto no texto constitucional, mas o legislador ordinário não produzir as normas necessárias para o exercício do referido direito, sendo que para isso foi criado um instrumento para que seja pressionado o legislador a cumprir o seu dever.

Também a cidadania está prevista no texto constitucional no art. 5º LXXVII em que se determina como gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "hábeas-data", bem como outros atos necessários, na forma da lei, ao exercício da cidadania. No referido dispositivo encontra-se inserida uma garantia constitucional para o exercício da cidadania. Isso quer dizer que a cidadania pode ser exigida judicialmente não sendo uma mera norma programática.

No art. 22, XIII está prevista a competência privativa para a União legislar sobre cidadania, bem como sobre nacionalidade e naturalização. Inclusive em matéria de cidadania é vedada a utilização de medida provisória, nos termos do art. 62 § 1º, I, a (incluído pela Emenda Constitucional 32/2001). Em matéria de cidadania, caso o Poder Executivo queira alterar a legislação deverá primeiro elaborar projeto de lei que só poderá entrar em vigor após aprovação do Congresso Nacional.

Também está determinado que as matérias relativas à cidadania não podem ser objeto de lei delegada, nos termos do art. 68 § 1º, II da CF. É uma situação semelhante à proibição do uso de medidas provisórias para legislar sobre cidadania.

No art. 205 da CF, é estabelecida que a educação deve ser promovida pelo Estado, com colaboração da sociedade, como meio para preparar as pessoas para o exercício da cidadania. Como já abordado, a educação é um dos fatores fundamentais da cidadania, especialmente por propiciar às pessoas condições de ascensão social, bem como consciência para o exercício dos seus direitos, inclusive o do voto.

Assim como a palavra cidadania, a palavra cidadão também está em várias partes do texto constitucional, como é o caso do art. 5º LXXIII em que se legitima qualquer

cidadão para figurar no pólo ativo da ação popular; do art. 58 § 2º em que prevê que as Comissões permanentes e temporárias do Congresso Nacional ou de suas Casas poderão convocar qualquer cidadão para depor; pelo art. 61 é possível a iniciativa popular de lei pelos cidadãos; pelo art. 74 § 2º qualquer cidadão é parte legítima para denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas da União; pelo art. 89, VI o Conselho da República é formado, dentre outros membros, por seis cidadãos brasileiros natos; pelo art. 98, II a Justiça de Paz é composta por cidadãos eleitos pelo voto direto e secreto; pelo art. 101 o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos; pelo art. 131 § 1º o Advogado Geral da União será nomeado pelo Presidente da República dentre cidadãos⁸¹.

Além disso, vale a pena ressaltar que a cidadania não está contida na Constituição de 1988 apenas quando expressa no texto a palavra cidadania ou a palavra cidadão. Em todo o capítulo que envolve os direitos e garantias fundamentais existem dispositivos que, direta ou indiretamente, veiculam comandos normativos direcionados ao exercício pleno da cidadania. Exemplos disso: os direitos inseridos no art. 5º são elementos vitais para a cidadania civil; os direitos sociais do art. 6º inequivocamente estão relacionados com a efetividade do elemento social da cidadania; os instrumentos da democracia direta tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular, previstos no art. 14, são elementos reforçadores da cidadania política.

Os vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 já citados, inclusive o art. 60 § 4º que veda a possibilidade de emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais, demonstram que a mesma “integrada com a nova ordem internacional elegeu a pessoa humana como centro fundamental dos interesses protegidos, mantendo-a no vértice do ordenamento jurídico”⁸².

Esse movimento de internacionalização dos direitos humanos foi uma resposta à barbárie cometida no Holocausto e se intensificou no período pós-segunda guerra

⁸¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania: à luz do direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002. p. 102-103.

⁸² MAZZUOLI, op. cit., p. 96, nota 81.

mundial. Passou a ser possível a responsabilização de um Estado no plano externo, abalando a doutrina da soberania estatal absoluta já que aumentou a preocupação em se efetivar os direitos humanos no plano internacional, sujeitando os estados nacionais à proteção dos referidos direitos⁸³. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um marco divisor entre um período em que a proteção limitava-se a poucos estados com leis internas de proteção para um outro período com um instrumento internacional de proteção aos direitos humanos⁸⁴.

Flavia Piovesan também ressalta a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos na redefinição do conceito de cidadania no Brasil. A referida autora assevera:

O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de *accountability* vem ainda integrar este conceito renovado de cidadania, tendo em vista que, ao lado das garantias nacionais, são adicionadas garantias de natureza internacional. Conseqüentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos de cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional. Hoje pode-se afirmar que a realização plena e não apenas parcial dos direitos da cidadania, envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos nacional e internacionalmente assegurados.⁸⁵

Essa nova concepção de cidadania também fica bem marcada pelo art. 64 do Ato das Disposições Transitórias, que determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, imprimam e distribuam gratuitamente exemplares da Constituição⁸⁶. Sem dúvida, é um processo que facilita o acesso dos cidadãos aos seus direitos, que passa primeiro pelo conhecimento dos próprios direitos.

No processo constituinte também se percebe a ampliação do conceito de cidadania, pois

⁸³ Ibidem, p. 44.

⁸⁴ Ibidem, p.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 71-72.

⁸⁶ MAZZUOLI, op. cit., p. 105, nota 81.

(...) *cidadãos*, hoje, são *todos* aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e desse Estado têm assegurados, constitucionalmente, direitos e garantias fundamentais mínimos, com a pertinência de existirem, igualmente, deveres, que, obrigatoriamente, devem ser cumpridos.⁸⁷

Essa nova concepção de cidadania, conforme se constata a partir de vários artigos do texto constitucional, supera a antiga doutrina do constitucionalismo da época do império que dividia a cidadania entre ativa e passiva, sendo que os primeiros tinham os direitos políticos e os segundos não os tinham⁸⁸. E há de se ressaltar que atualmente a cidadania vai além dos direitos políticos.

Hoje, a preocupação maior consiste em entender a *cidadania* não como mera abstração ou hipótese jurídica, mas como meio concreto de realização da soberania popular, entendida esta como o poder determinante do funcionamento estatal. O seu exercício, por sua vez, passa a não mais se limitar à mera atividade eleitoral ou ao voto, para compreender uma gama muito mais abrangente de direitos – por sua vez oponíveis à ação dos poderes públicos – e, também, deveres para com toda a sociedade.⁸⁹

Pelo que se constata o conceito de cidadania na Constituição de 1988 é bem amplo, abrangendo direitos civis, políticos e sociais. Entretanto, há uma dificuldade evidente e notória da efetivação dos referidos direitos, mesmo estando positivados no texto constitucional.

Paulo Bonavides destaca os aspectos positivos da Constituição de 1988 especialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais tais como: combate ao racismo e à tortura, implantação do mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, restituição de poderes ao Congresso Nacional dentre outros⁹⁰. Entretanto, o referido autor alerta de que é necessário um segundo momento para que o escrito no texto constitucional seja efetivado.

(...). O primeiro momento se encerrou com a elaboração formal da carta, podendo dizer-se que foi em parte muito bem-sucedido, porquanto, sem embargo de suas origens comprometidas, a Constituinte abriu as portas à

⁸⁷ MAZZUOLI, op. cit., p. 99, nota 81.

⁸⁸ Ibidem, p. 100.

⁸⁹ Ibidem, p. 29.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 486.

presença popular e fez a sociedade participar por via de grupos de correntes que ajudaram a formular, com iniciativas de elaboração, o projeto finalmente aprovado e convertido em lei magna. Um fato, aliás – cabe acentuar – sem precedente em toda a história constitucional do Brasil. Colocou-nos ele tão perto da realidade, do instante concreto, que a Constituinte congressual perdendo em parte o traço elitista, típico das Constituintes passadas, soube congregiar o povo e ouvir a sua palavra, soube auscultar os centros de opinião e dialogar com o País.⁹¹

Num segundo momento está a elaboração de leis complementares e ordinárias necessárias à efetivação do texto constitucional, que será uma forma de consolidar as conquistas já obtidas. Isso ajudará a legitimar a carta constitucional de 1988 evitando o que ocorreu com a carta de 1934 que foi inovadora, mas que faltava legitimação política o que a fez não durar muito tempo. Também deve ser feita uma vigilância democrática para que não retornemos a um regime autoritário como da época do regime militar⁹².

Também deve ser levado em conta nesse processo de efetivação do texto constitucional o fato de que o Brasil tem uma história que pouco contribui para o desenvolvimento da cidadania, sendo que isso foi agravado pelos vinte anos do regime militar que precederam o processo da constituinte de 1987-88⁹³.

Na realidade, existe uma herança cultural histórica de um coronelismo que depois persistiu, mas transmutado na forma de domínio das oligarquias regionais. Não há uma relação de direito e dever, mas sim uma relação de lealdade e favor⁹⁴.

O resultado mais significativo desse fenômeno é a teimosa persistência, no entanto compreensível, da “incompreensão”, por parte da grande maioria do povo brasileiro, da necessidade das instituições públicas, da importância das leis e sobretudo da própria Constituição, à luz da experiência histórica de sua inocuidade. Esse é um país onde certas leis “pegam” e outras não e, ao lado, disso, o que a História registra é onipresença da força e do arbítrio, agravado pelo fato de que essa praticamente constitui a única referência ao mundo da política para as gerações mais jovens nas últimas duas décadas. Por isso, não é de se estranhar que a confiança popular, quando existiu, tenha sido depositada antes nos homens que nas instituições e nas leis – até porque, através delas, poucas vezes se manifestou, no respeito à expressão da soberania popular, um verdadeiro compromisso com a coisa pública como

⁹¹ Ibidem, p. 487.

⁹² Ibidem, p. 488.

⁹³ QUIRINO, op. cit., p. 76, nota 64.

⁹⁴ Ibidem, p. 76.

imperativo ético na consciência dos governantes, fazendo com que em igual medida, e com muito mais razão, se atrofiasse por assim dizer a consciência dos cidadãos. (...).⁹⁵

Outro fator a ser destacado no processo de construção de um Estado Democrático é enfatizar também os deveres dos cidadãos e não somente os seus direitos. O Estado tem que realmente garantir direitos, mas os cidadãos devem cumprir os seus deveres inclusive como forma de dar ênfase à igualdade dos próprios cidadãos e combater uma visão patrimonialista do poder estatal⁹⁶.

(...). Enfatizar os deveres dos cidadãos significaria assim lembrar-lhes sua responsabilidade diante da coisa pública; da escolha de seus representantes e governantes à fiscalização do governo; da participação na vida social e política da Nação à gestão autônoma, não dependente do Estado; enfim, de seus próprios interesses, através de sua participação e da força de sua ação coletiva nas associações da sociedade civil. Só dessa forma as instituições da própria sociedade, associações e partidos políticos, poderão transformar-se em instrumento de captação, organização e expressão as aspirações de cidadãos que desejam ver garantidos seus direitos, ainda quando sua vontade de participação política se expresse de modo difuso e através de formas heterodoxas de manifestação que são características da vida política deste país.⁹⁷

O cumprimento dos deveres por parte do cidadão é algo que também contribui para a efetivação de todos os elementos da cidadania. Quando alguém discrimina outra pessoa por sua situação social, de raça ou de gênero está contribuindo com a ausência de cidadania. Não há dúvida que as pessoas que se sintam discriminadas podem acionar judicialmente quem as discriminou. Entretanto, uma norma entra no ordenamento jurídico com o fim de ser respeitada pelo menos pela maioria da população. Seria inviável caso fosse necessário um grande número de ações judiciais para efetivar determinado direito.

Outro fator que deve ser destacado a partir da concepção de cidadania oriunda da Carta Constitucional de 1988 é que a mesma é extensiva a todos, inclusive às pessoas que se encontram presas ou processadas, sendo que o art. 5º da referida Carta possui

⁹⁵ QUIRINO, op. cit., p. 77, nota 64.

⁹⁶ Ibidem, p. 81-82.

⁹⁷ Ibidem, p. 82.

uma série de prescrições que devem ser observadas⁹⁸. Na realidade, todos são cidadãos, inclusive os presos e processados, muito embora os mesmos possam sofrer algumas restrições em benefício da coletividade, mas desde que respeitados os seus direitos fundamentais.

No tocante aos direitos fundamentais previstos na Constituição e que fazem parte da cidadania de forma mais ampla, é necessário que seja feito um estudo sobre a origem dos referidos direitos, isto é, a sua situação anterior aos mesmos serem positivados no texto constitucional. Isso será feito no próximo capítulo que abordará os direitos humanos e a sua eficácia, inclusive com um contexto histórico.

⁹⁸ Os direitos relativos aos presos e processados serão abordados no capítulo 3.

2 OS DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA

2.1 O QUE SÃO OS DIREITOS HUMANOS

O ser humano ao nascer possui uma série de direitos que lhe devem ser garantidos, a começar pela liberdade, no sentido de que lhe seja assegurada uma existência digna. Várias designações podem ser dadas para designar esses direitos: “Direitos do homem, direitos naturais, direitos humanos, direitos fundamentais, valores superiores, garantias individuais, direitos concretos, liberdades públicas”⁹⁹. Entretanto, o que tem sido utilizado com mais freqüência são direitos humanos ou direitos fundamentais.

Os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são utilizados muitas vezes indistintamente para representar a mesma coisa. Mas há uma diferença. Os direitos humanos são aqueles inerentes à pessoa e reconhecidos internacionalmente, independente de estarem positivados ou não. Já os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados por determinado ordenamento jurídico.

Os direitos humanos são válidos para os povos e homens em geral, independentes de fronteira ou contexto social, pois são oriundos de cartas e documentos internacionais com ampla vigência, tendo como documento básico a Declaração Universal dos Direitos Humanos editada em 1948. Os direitos fundamentais são válidos em determinado ordenamento jurídico, sendo exigíveis no âmbito interno¹⁰⁰.

Posição semelhante também é adotada por Adilson Farias para diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais, sendo que o referido autor prescreve:

A categoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais refere-se aos direitos subjetivos básicos reconhecidos aos cidadãos e protegidos na Constituição de um Estado. Em outras palavras: significa a positivação em nível

⁹⁹ DORNELLAS, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 9.

¹⁰⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004. p. 8-9.

constitucional de direitos humanos proclamados em documentos internacionais.¹⁰¹

Não está totalmente errada a utilização dos termos direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos. Mesmo sendo termos distintos eles guardam semelhanças já que, em regra, os direitos fundamentais são também direitos humanos e a recíproca também é quase verdadeira, já que a maioria dos direitos humanos acaba se transformando em direitos fundamentais.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores do jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural. (...) ¹⁰².

A partir dessa reflexão, Ingo Wolfgang Sarlet didaticamente traça uma distinção descrevendo os “direitos do homem” como sendo os direitos naturais ainda não positivados, os “direitos humanos” como aqueles já positivados na esfera do direito internacional e os “direitos fundamentais como aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado” ¹⁰³.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. ¹⁰⁴

¹⁰¹ FARIAS, Adilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: RT, 2004. p. 26.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35-36

¹⁰³ Ibidem, p. 36.

¹⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007. p. 54.

Os direitos humanos são reconhecidos no contexto internacional pelas inúmeras declarações e isso vincula os países signatários. Entretanto, a partir do momento em que eles são positivados no texto constitucional de cada país transformando-se em direitos fundamentais ficam mais fortes, fazendo parte inequivocamente do ordenamento jurídico do referido país e sendo mais facilmente exigíveis, inclusive pela via judicial.

Os direitos humanos foram ao longo do tempo sendo positivados em diversos países transformando-se em direitos fundamentais. Entretanto, os direitos humanos ainda enfrentam vários desafios no contexto do mundo contemporâneo. Um desses desafios é sobre como realizar a sua universalização sem desrespeitar às diferentes culturas.

Boaventura de Sousa Santos entende que os Direitos Humanos não podem ser utilizados por uma cultura para dominar a outra, sendo inevitável que ocorram “choques de civilizações” quando uma cultura tenta universalizar os seus valores. O referido autor entende que os direitos humanos devem ter um papel emancipatório dos povos¹⁰⁵.

A crise da modernidade ocidental veio mostrar que o fracasso dos projectos progressistas relativos à melhoria das oportunidades e das condições de vida dos grupos subordinados tanto dentro como fora do mundo ocidental se deveu, em parte, à falta de legitimidade cultural. Isso mesmo sucede com os direitos humanos e com os movimentos que lhes dão voz, pela razão de que a universalidade dos direitos humanos não é algo que se possa ser dado como adquirido. A idéia de dignidade humana pode ser formulada em muitas “línguas”. (...).¹⁰⁶

Na realidade, o referido autor defende que os direitos humanos se propaguem pelo mundo, mas sempre respeitando a cultura local. Não podem os países ocidentais, por exemplo, ter a pretensão de impor a sua concepção de direitos humanos aos países orientais e vice-versa. Além disso, a defesa dos direitos humanos não pode ser utilizada apenas como um mero discurso, nem como uma jogada de marketing. Os referidos direitos têm que ser inseridos no ordenamento jurídico de cada país e precisam ser

¹⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 441-443.

¹⁰⁶ _____. **Poderá o direito ser emancipatório?** Vitória: FDV; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007 p. 71.

efetivados, mas também há um papel de convencimento a ser feito para que a maioria da população entenda que os direitos humanos são fundamentais para a vida em sociedade, mas isso tem que ser feito com respeito aos valores culturais de cada povo.

Entretanto, o contexto deste trabalho não versa sobre o desafio da universalização dos direitos humanos nem sobre a positivação dos referidos direitos no Brasil, pois aqui os mesmos estão positivados de maneira indubitável na Constituição de 1988. O grande desafio é a efetivação dos referidos direitos, especialmente o das pessoas presas e processadas.

No tocante à questão terminológica optou-se neste trabalho ao uso tanto da expressão direitos humanos quanto da expressão direitos fundamentais. A primeira será utilizada quando se tratar da questão histórica e internacional. Já segunda, ou seja direitos fundamentais, quando se referir a direitos humanos positivados na CF-88.

2.2 A PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O que existe hoje em termos de Direitos Humanos resultou de um longo processo histórico, em que aos poucos os referidos direitos foram sendo reconhecidos a partir de documentos, declarações, tratados etc. especialmente após a segunda guerra mundial.

Na antiguidade não se encontra nenhuma declaração relevante de direitos feita de forma expressa¹⁰⁷. Já na Idade Média, mesmo sendo conhecida como a “idade das trevas” é possível localizar alguns momentos em que os monarcas admitiram algumas limitações ao seu poder, conforme mencionado por Perez Luño da seguinte forma:

Durante o período medieval não faltam documentos em que o monarca, cujo poder é teoricamente ilimitado, reconhece alguns limites a seu exercício em favor da Igreja, dos senhores feudais e das comunidades locais. Na Espanha

¹⁰⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 33.

contamos com numerosos exemplos de cartas de franquias e liberdades em documentos outorgados para fomentar o repovoamento após a reconquista.¹⁰⁸

As declarações escritas e publicadas representam um passo importante na gênese dos direitos humanos, pois a escrita e a publicidade permitiram que as regras estabelecidas em declarações, mesmo que esparsas, chegassem ao conhecimento de todos ou pelo menos da maioria. Isso facilitou para que os destinatários das regras pudessem exigir os seus direitos. Entretanto, as referidas declarações ainda foram muito limitadas em matéria de direitos, mas representaram um degrau importante no contexto histórico.

Um marco histórico importante para os direitos humanos é a Magna Carta, que foi uma declaração assinada pelo rei inglês João Sem Terra em 1215, que trouxe fundamentos importantes para um Estado Democrático, além da limitação dos poderes dos governantes.

De todos os documentos medievais, sem dúvida, o que tem alcançado maior significação no decorrer dos tempos tem sido a Carta Magna, contrato suscrito entre o rei João Sem Terra e os bispos e barões da Inglaterra no ano de 1215. Trata-se de um pacto entre o rei e os nobres, freqüente no regime feudal, que em certo modo supunham em seu momento uma consagração dos privilégios feudais e, portanto, um retrocesso do ponto de vista do progresso político, mas que a posteridade a tem atribuído, por seu decisivo papel no desenvolvimento das liberdades inglesas, o valor de um símbolo no processo de positivação dos direitos fundamentais.¹⁰⁹

Nessa citação, Perez Luño ressalta a Carta Magna como um dos mais significativos documentos relacionados a direitos humanos no período medieval. Entretanto, a

¹⁰⁸ LUÑO, op. cit., p. 33, nota 107. Tradução nossa. Texto original: “Durante el período medieval no faltan documentos em los que el monarca, cuyo poder es teóricamente ilimitado, reconoce alguns límites a su ejercicio em favor de la Iglesia, los señores feudales o las comunidades locales. Em España contamos con numerosos ejemplos de cartas de franquicias y libertades em documentos ortorgados para fomentar la repoblación tras la Reconquista. (...)”

¹⁰⁹ Luño, op. cit., p. 34, nota 107, tradução nossa. Texto original: “De todos los documentos medievales, sin Duda, el que há alcanzado mayor significación en la posteridad ha sido la Carta Magna, contrato suscrito entre el rey Juan Sin Tierra y los obispos y barones de Inglaterra en el año 1215. Se trata de un pacto entre el rey y los nobles, frecuente en el régimen feudal, que en cierto modo suponían en su momento una consagración de los privilegios feudales y, por tanto, una involución deste el punto de vista del progreso político, pero al que la posteridad le ha asignado, por su decisivo papel en el desarrollo de las libertades inglesas, el valor de un símbolo en el proceso de positivação de los derechos fundamentales”.

mesma foi um pacto entre as elites que pensavam que estariam conservando poderes seus, mas ocorreu o contrário.

Outro ponto a ser ressaltado no processo histórico de conquista dos direitos humanos foi a Lei do *Habeas Corpus* editada na Inglaterra em 1679. Segundo Pontes de Miranda, o princípio da liberdade já havia sido consagrado no § 29 da Magna Carta, mas esse dispositivo não foi respeitado, justamente por não ter uma garantia expressa, ficando exposta a interpretações judiciais muitas vezes tortuosas¹¹⁰. O referido autor afirma o seguinte:

Mesmo depois da Petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a cada momento. Muitas vezes, o que era bem pior, desobedecidas. Os sofismas, a trapaça e a timidez conspiravam, de mãos dadas ao rei, contra o inestimável remédio processual. (...).¹¹¹

Após um período em que ocorreram sérias violações do direito de liberdade, foi então editado o *Habeas Corpus Act* de 27 de maio de 1679. Devido à sua importância chegaram a chamá-lo de “outra Magna Carta”¹¹².

Outro momento a ser destacado é a Revolução Francesa, que teve como documento marcante a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* editada em 1789, que foi o primeiro elemento constitucional do novo regime. Considerada como um modelo a ser seguido, teve “incontestável influência sobre as declarações que, seguindo essa orientação, se editaram pelo mundo afora até a primeira Guerra Mundial”¹¹³.

Destaca-se na referida declaração: aumento das liberdades individuais, fixação clara do princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina, necessidade da pena ser definida em lei, garantia da propriedade privada contra as expropriações abusivas, bem

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Habeas corpus**. 2. ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2003. p. 47.

¹¹¹ Ibidem, p. 47.

¹¹² Ibidem, p. 92-94

¹¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19-20

como a exigência da estrita legalidade na criação e cobrança de tributos. Vale ressaltar que esses dois últimos princípios foram exigências da burguesia¹¹⁴.

Outro fator que se destaca na referida declaração é um fundamento inicial do direito à cultura, derivado do princípio da liberdade de pensamento. Daury César Fabríz comenta o seguinte:

Este documento não mencionou expressamente sobre o direito a cultura, mas em seu art. 11º declarou a liberdade de pensamento, de opinião e de comunicação, de maneira que é um direito de todos os cidadãos falar, escrever e publicar livremente suas idéias, salvo aquelas que contrariem aquilo que é determinado por lei. No entanto, como se depreende, aquele texto ultrapassou seus limites, para contemplar implicitamente o direito à cultura, vez que a liberdade de expressão é um dos seus elementos essenciais.¹¹⁵

Outro documento, este mais recente, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) no dia 10 de dezembro de 1948. A partir dele foram consagrados uma série de direitos: igualdade entre os seres humanos sem nenhuma forma de discriminação, necessidade de proteção social aos mais fracos ou necessitados, direito à sindicalização por parte dos trabalhadores, direito à educação, dentre outros¹¹⁶. É de se notar que a referida declaração avança muito em relação aos documentos anteriores, pois afirma de maneira mais categórica não somente os direitos individuais, mas também direitos coletivos e sociais.

(...) A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreto dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

Quando digo “contém em germe” quero chamar a atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. (...).¹¹⁷

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 147-148.

¹¹⁵ FABRIZ, Daury César. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 42.

¹¹⁶ COMPARATO, op. cit., p. 222-228, nota 114.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004. p. 50.

No início da década de 1990 vale a pena destacar a realização da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento no Rio de Janeiro em 1992. Na realidade não adianta as pessoas terem liberdade, terem igualdade jurídica e econômica e receberem prestações sociais do Estado, mas viverem num mundo que desrespeita o meio-ambiente.

Os direitos à dignidade humana, à vida e ao desenvolvimento pessoal somente podem existir num meio ambiente intacto. O direito a um meio ambiente protegido emana da dignidade humana. Quem não respeita a dignidade dos seres vivos, não tardará em desrespeitar a dignidade humana. Quando as crianças não podem mais brincar porque a quantidade de ozônio é muito elevada, ou quando a construção de determinada indústria nos arredores aumenta os casos de asma ou de câncer, a dignidade das pessoas é violada.¹¹⁸

Pelo que se percebe, após a segunda grande guerra houve uma preocupação generalizada no âmbito internacional com os direitos humanos, especialmente pelo medo da repetição das atrocidades cometidas pelo nazismo. Disso resultou vários documentos relevantes. Entretanto, mesmo com todas as declarações mundiais em prol dos direitos humanos, várias atrocidades continuaram sendo cometidas em todo o mundo, surgindo então a necessidade de um monitoramento para que se previna e puna não somente no âmbito local, mas no âmbito internacional.

As atrocidades contemporâneas, a exemplo das perpetradas na Bósnia-Herzegovina – objeto de veemente denúncia na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), - parecem indicar que o ser humano não aprendeu as lições do passado e que não há como confiar cegamente em sua razão. Urge, assim, velar pela proteção, sobretudo dos que mais dela necessitam. As prementes necessidades de proteção, realçadas pela diversificação das ameaças e violações de direitos humanos, desvendam, por sua vez, a importância do monitoramento contínuo da situação dos direitos humanos em todo o mundo.¹¹⁹

¹¹⁸ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos**. Tradução de Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 124.

¹¹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. Volume II. p.. 366.

Essas violações graves de direitos humanos ocorridas num país europeu demonstram a real necessidade de que exista, além das declarações de direitos humanos, uma forma de controle maior sobre as violações aos referidos direitos. Além disso, demonstram que as atrocidades cometidas pelos Nazistas e que foram retratadas, dentre outros autores, por Hannah Arendt ainda podem ocorrer de novo, em menor ou em maior intensidade, necessitando sim de uma maior fiscalização.

Na Assembléia Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU) de 1989 foi solicitado à sua Comissão de Direito Internacional (CDI) que elaborasse um projeto de estatuto para um Tribunal Penal Internacional (TPI) permanente. Após vários anos de debate o referido estatuto foi aprovado em 1998 na Conferência de Roma¹²⁰. O TPI tem a competência de julgar o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão¹²¹. O TPI é mais um instrumento em favor dos direitos humanos no plano mundial.

É importante ressaltar que todo esse processo de afirmação histórica dos direitos humanos demonstra que é importante a declaração expressa de um direito, pois o mesmo não pode ser uma mera concessão de um soberano, ele precisa sim ser um direito estabelecido inequivocamente. Não sendo assim, a tendência é que reine a desigualdade, prejudicando principalmente as pessoas com menos condições econômicas, que seriam submetidas a leis mais severas do que as demais.

Atualmente existe uma série de direitos fundamentais reconhecidos e que estão positivados nas constituições de diversos países. O grande problema que se coloca é a sua efetivação, pois não adianta que os mesmos estejam inscritos no texto constitucional, mas não serem minimamente efetivados.

¹²⁰ MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 56-59.

¹²¹ Ibidem, p. 84.

2.3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Desde que as primeiras constituições reconheceram os direitos fundamentais, os mesmos passaram por diversas transformações que ocorreram no seu conteúdo, na sua titularidade, na sua eficácia e na sua efetivação. A partir dessa mutação histórica é que foi concebida a idéia de geração de direitos fundamentais. Fala-se em três e até em quatro gerações de direitos fundamentais¹²².

A existência de gerações de direitos humanos, ou de dimensões como será abordado no próximo parágrafo, não representa uma segregação de direitos, mas sim um processo de evolução dos referidos direitos, pois a cada momento viu-se diante da necessidade da incorporação de novos direitos. Exemplo disso são os problemas ambientais ocorridos nas últimas duas décadas e que resultaram na incorporação de direitos relacionados ao meio-ambiente no rol de direitos humanos.

Entretanto, o termo geração de direitos humanos (ou geração de direitos fundamentais) tem sido alvo de controvérsias, sendo trocado pelo termo dimensão de direitos humanos (ou dimensão de direitos fundamentais). Na realidade, o termo geração pode dar idéia que uma terminou para dar início a outra, mas não foi isso que ocorreu, pois os direitos das gerações seguintes não vieram para substituir os direitos das gerações anteriores, mas vieram para complementá-los. Daí o uso do termo dimensão torna-se mais adequado¹²³.

De qualquer maneira, a divergência é mais terminológica e não atinge a essência dos direitos fundamentais. Utilizando o termo geração ou o termo dimensão, o mais importante é que os referidos direitos estejam previstos no ordenamento constitucional, que sejam bem aceitos na cultura local e que tenham plena efetividade, principalmente no plano concreto.

¹²² SARLET, op. cit., p. 53, nota 102.

¹²³ Ibidem, p. 53

Os direitos de primeira dimensão foram conquistados no início do constitucionalismo, que coincide com a época da Revolução Francesa. Os referidos direitos revelaram-se como uma forma de proibir o Estado de tomar atitudes em relação ao ser humano tais como: privar a sua liberdade de locomoção e de escolha, submetê-lo a tratamento degradante, escravizá-lo etc. É claro que não havia ainda um pensamento social mais amplo, mas sim uma visão individualista e liberal. Bruno Galindo afirma que:

A partir da ascensão do constitucionalismo com as revoluções liberais surgiu a chamada primeira geração dos direitos fundamentais, a saber, os direitos fundamentais da idéia de separação e distinção de poderes, era justamente a limitação do poder estatal em relação ao indivíduo, traduzindo um pensamento individualista que é um dos caracteres essenciais do Estado liberal surgido a partir dos movimentos revolucionários inglês, norte-americano e francês.¹²⁴

Vale ressaltar que ainda hoje não é incomum a existência de desrespeito aos direitos humanos de primeira dimensão, como ocorre, por exemplo, com a impunidade dos criminosos com mais recursos financeiros. Também são inúmeros os casos de trabalho escravo no Brasil dos dias de hoje em que trabalhadores são iludidos e levados para fazendas onde trabalham em situação degradante e não têm a liberdade de sair antes de pagar a sua “dívida” com o seu patrão¹²⁵. É importante também observar que o trabalho escravo também transgredir um direito de segunda dimensão, por se tratar de uma questão de cunho social.

A diferença é que no passado o próprio ordenamento jurídico permitia a escravidão e tantas outras transgressões às liberdades individuais. Na atualidade essas transgressões continuam ocorrendo, mas existem meios jurídicos para combatê-las, cabendo ao Estado garantir, dentre outras coisas, o direito à liberdade das pessoas.

O reconhecimento dos direitos de primeira dimensão foi algo significativo, pois proibiu o Estado de praticar atos contra a liberdade e a igualdade jurídica das pessoas. Entretanto, isso não foi o suficiente, já que as pessoas continuavam desiguais economicamente, gerando uma série de injustiças sociais.

¹²⁴ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. p. 58.

¹²⁵ SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil**. São Paulo: LTR, 2001. p. 43-52.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. (...).¹²⁶

Como os direitos de primeira dimensão não se mostraram suficientes para garantir uma igualdade real entre as pessoas, surgiu a necessidade de o Estado propiciar prestações positivas com o objetivo de garantir o bem estar social da população. Na realidade são direitos de caráter econômico, social e cultural e que devem ser prestados pelo Estado na forma de assistência social, saúde, educação, trabalho, além de contemplar alguns direitos para os trabalhadores, tais como: direito de greve, férias, descanso semanal remunerado, salário mínimo e limitação da jornada de trabalho¹²⁷.

Entretanto, tanto os direitos de primeira dimensão quanto os de segunda tinham o caráter mais individual. Ou seja, o direito de ser protegido em relação ao Estado e o direito de receber uma proteção social do mesmo são de todos, mas recai sobre cada pessoa, individualmente considerada¹²⁸. Para suplantar esse limite individualista é que foram construídos os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade e fraternidade. Para Celso Lafer “estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”¹²⁹. Paulo Bonavides afirma o seguinte:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um determinado grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma

¹²⁶ SARLET, op. cit. p. 55, nota 102.

¹²⁷ Ibidem, p. 55-56.

¹²⁸ Ibidem, p. 56.

¹²⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 131.

evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.¹³⁰

O mesmo autor procura então listar quais seriam efetivamente os direitos de terceira dimensão, citando Karel Vasak. Os direitos da fraternidade já identificados seriam os seguintes: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”¹³¹.

Para Antônio Carlos Wolkmer, existem fontes importantes na legislação nacional relativas aos direitos de terceira dimensão. O referido autor cita: a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Constituição Federal de 1988 (art. 5º § 2º, referentes aos direitos não-expressos ou atípicos), a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do consumidor)¹³².

As três dimensões até aqui comentadas englobam um leque amplo de direitos. Entretanto, a necessidade do mundo atual não se esgota na terceira dimensão, pois é possível identificar a existência de direitos de quarta e até de quinta dimensão.

Paulo Bonavides entende que a globalização econômica neoliberal traz grandes problemas cuja resolução não é fácil, pois resulta na perda de valores, numa despolarização da sociedade, na debilitação dos laços nacionais de soberania tudo em proveito das hegemonias supranacionais. Para que isso seja combatido menciona o desenvolvimento de uma globalização política, sem o comando da ideologia neoliberal, radicada na teoria dos direitos fundamentais e que interessa aos povos da periferia¹³³. E o mesmo autor indica quais seriam os direitos de quarta dimensão:

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569.

¹³¹ Ibidem, p. 569.

¹³² WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. In: **Direito em debate**. n. 16/17, Jan.junho de 2002 – Unijuí. RGS. p. 18-19

¹³³ BONAVIDES, op. cit., p. 570-571, nota 130.

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹³⁴

Sem a democracia como valor universal não são fáceis o reconhecimento, a positivação e a efetivação dos direitos humanos de todas as dimensões. Nesse contexto, os direitos de quarta dimensão, nos termos que foram apresentados pelo referido autor, têm um papel fundamental na consolidação dos direitos das dimensões anteriormente comentadas.

No tocante aos direitos de quarta dimensão Antônio Carlos Wolkmer tem uma posição diferenciada, sendo que também defende a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais. Para o referido autor, os direitos de quarta dimensão:

São os direitos referentes à biotecnologia e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética ("clonagem"), contracepção e outros.¹³⁵

Pelo que se percebe, os direitos de quarta dimensão, na concepção trazida pelo referido autor, tem relação com o progresso da ciência, especialmente no campo da medicina.

Ao final do século XX também houve um enorme progresso tecnológico na área de informática, o que revolucionou principalmente as telecomunicações, especialmente com a criação de ambientes virtuais em que as pessoas podem se comunicar de maneira instantânea e com muita facilidade, muito diferente de décadas atrás. Segundo Antonio Carlos Wolkmer, há necessidade de direitos que possam regular esse novo setor, sendo que estes seriam os direitos de quinta dimensão.

Frente à contínua e progressiva evolução da tecnologia de informação, fundamentalmente da utilização da *Internet*, torna-se fundamental definir uma

¹³⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 571, nota 130.

¹³⁵ WOLKMER, op. cit., p. 19, nota 132.

legislação que venha regulamentar, controlar e proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa. O debate sobre a informatização do universo jurídico divide os “internautas” entre os que se opõem à incidência do Direito na realidade virtual e os que proclamam a aplicação da lei e da jurisprudência no âmbito do ciberespaço.¹³⁶

O estudo das dimensões dos direitos humanos nos mostra que os direitos foram sendo conquistados a partir das necessidades. Primeiro, a necessidade de igualdade jurídica entre as pessoas, vindo depois a necessidade de prestações positivas do Estado para tentar reduzir a desigualdade econômica. Como isso ainda não foi suficiente, foram estabelecidos direitos difusos e coletivos, exercidos além da individualidade, como é o caso da defesa do meio ambiente. Entretanto, houve um processo de globalização econômica que ensejou a necessidade da construção de um direito à democracia como valor universal, justamente para barrar os efeitos nefastos do neoliberalismo. Além disso, o progresso tecnológico nas áreas de medicina e de informática fez surgir a necessidade de regulação dos referidos direitos, que envolvem uma matéria mais complexa e que os direitos das primeiras dimensões não conseguiram abranger.

Pelo que se pôde perceber, embora fosse privilegiado o uso do termo dimensão, em alguns momentos alguns autores citados utilizaram o termo geração. Embora aqui houvesse uma preferência pelo termo dimensão, devido ao mesmo ser mais adequado, também foram citados os autores que usam o termo geração. Tanto os que defendem que existem gerações de direitos humanos quanto os que defendem que existem dimensões, e mesmo os que têm posições divergentes no tocante ao número de gerações ou dimensões, querem os direitos humanos respeitados.

2.4 A EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS DE DIREITOS HUMANOS

Antes de ser abordada a eficácia das normas jurídicas de direitos humanos, torna-se necessária uma abordagem sobre a questão de existência, validade, vigência, eficácia das normas jurídicas como um todo, que é um tema que comporta diversos

¹³⁶ WOLKMER, op. cit., p. 22, nota 132.

entendimentos, dependendo do autor que se adota. É um assunto pertinente em qualquer área do direito que é um ramo do conhecimento essencialmente normativo.

Noberto Bobbio entende que o estudo sobre esses pontos relacionados à norma jurídica podem ser agrupados em três critérios de valoração: a justiça, a validade e a eficácia.

O primeiro ponto que, a meu juízo, é preciso ter bem claro em mente se quisermos estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras. De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se de três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia da norma jurídica.¹³⁷

Carlos Henrique Bezerra Leite destaca a importância desse estudo para profissionais de várias áreas do conhecimento, reconhecendo que é um assunto complexo.

Um dos temas de maior complexidade e importância, não só para os filósofos, lógicos e sociólogos, mas sobretudo para juristas e operadores do direito, é o que diz respeito aos estudos relacionados à justiça, à validade e à eficácia das normas jurídicas.

Saber se uma determinada regra de conduta é justa ou injusta, válida ou inválida, eficaz ou ineficaz redundando, respectivamente, nos problemas da justiça, da validade e da eficácia da norma jurídica.¹³⁸

O primeiro critério de valoração da norma apontado por Norberto Bobbio é o da justiça sendo que ele entende que “o problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico”¹³⁹. Isso tem uma relação muito forte com os valores presentes em determinada sociedade e se as normas estão ou não correspondendo aos referidos valores, principalmente se são aptas a corrigir, por exemplo, os valores negativos. No tocante aos direitos humanos positivados na Constituição Federal de 1988 não é difícil afirmar

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Alaôr Caffé Alves. 3. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005. p 45-46.

¹³⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas. In: LOTUFO, Renan (coord). **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005. p. 2.

¹³⁹ BOBBIO, op. cit. p. 46, nota 137.

que os mesmos são justos, pois eles representam um anseio do direito natural, bem como são afinados com os vários documentos internacionais de direitos humanos.

O segundo critério de valoração apontado pelo referido autor é o problema da validade, sendo que isso remete ao conteúdo mais estritamente jurídico da norma, seja no aspecto material como no aspecto formal. Uma norma deve ser produzida pelo órgão competente, mas somente isso não basta, já que a mesma não pode se contrapor às normas superiores, bem como deve ser produzida formalmente de acordo com o procedimento também estabelecido por uma norma superior à mesma. Com isso terá validade. Entretanto, para que comece a produzir efeitos deverá ter vigência, que poderá ser estabelecida no próprio texto da norma, ou na ausência dele, segundo as regras da Lei de Introdução ao Código Civil, no caso específico do Ordenamento Jurídico Pátrio.

Norberto Bobbio também entende que “Validade jurídica de uma norma equivale a existência desta norma como regra jurídica”¹⁴⁰. Nesse aspecto o referido autor segue a doutrina de Hans Kelsen que considera que uma vez editada pelo órgão competente, no caso específico o Poder Legislativo, a norma tem existência e validade, mesmo que contrarie a uma norma superior, sendo somente afastada depois que o poder competente declarar a sua invalidade¹⁴¹.

Esse debate tem relevância no momento em que se discute os efeitos, por exemplo, da declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Pelo ordenamento jurídico pátrio essa declaração tem, em regra, efeito *ex tunc*, isso é, desde o momento da edição da lei. Pela teoria kelseniana, conforme citado no parágrafo anterior, a declaração de inconstitucionalidade terá efeito *ex nunc*, ou seja, a partir da referida declaração.

No tocante à discussão sobre a validade dos direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição de 1988 qualquer posição que se tome fatalmente conduzirá a

¹⁴⁰ BOBBIO, op. cit. p. 46, nota 137.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 306-307.

um mesmo resultado. Os referidos direitos e garantias fundamentais foram inseridas pelo Constituinte Originário que tinha prerrogativas para isso, sendo inclusive consideradas *cláusulas pétreas* não sendo passíveis de serem suprimidas por emenda constitucional, nos termos do art. 60 § 4º, IV da CF. Não há dúvida que os mesmos são válidos.

No tocante à aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet faz uma análise sobre o art. 5º §1º da CF¹⁴², que trata do princípio da aplicabilidade imediata dos referidos direitos. Entende o referido autor que a referida norma estabelece “aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”¹⁴³. Devem ser outorgados aos mesmos “(...) efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da Constituição”¹⁴⁴.

Os direitos fundamentais são materialmente constitucionais e não apenas formalmente constitucionais. É uma matéria intrínseca a qualquer texto constitucional. Além disso, não é baseada apenas na vontade interna do constituinte, mas também em tratados internacionais de direitos humanos, o que lhe confere um valor maior ainda, devendo a sua aplicabilidade ser imediata.

Não havendo dúvidas maiores quanto à justiça, à validade e a eficácia dos direitos humanos positivados na Constituição Federal, principalmente no tocante aos direitos e garantias individuais e coletivas, resta agora discutir sobre a sua real efetivação.

Para que uma norma seja cumprida é importante que a própria norma imponha sanções para quem não a respeite. Entretanto, o fato de uma norma ser válida, vigente e ter

¹⁴² O art. 5º § 1º da CF estabelece que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁴³ SARLET, op. cit., p. 264, nota 102.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 265.

conteúdo sancionatório para quem a desrespeitar não garante que ela irá produzir os efeitos desejados. Isto é, não há garantia de que terá eficácia social. E é comum a existência de leis que ficam “somente no papel”.

Entretanto, a sanção não é o único e nem o principal instrumento que faz com que uma norma seja efetivamente cumprida, isto é, que tenha eficácia social. Uma norma será mais efetivamente cumprida quanto mais houver uma concordância dos seus destinatários com ela, quanto mais for percebido que o cumprimento da mesma é o melhor para todos ou pelo menos para a maioria. Nesse aspecto vale a pena socorrer-se do ensinamento de Konrad Hesse¹⁴⁵:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Gelstungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Miguel Reale também trata sobre a eficácia da norma relacionada com a consciência das pessoas.

Ocorre, todavia, que os legisladores podem promulgar leis que violentam a consciência coletiva, provocando reações por parte da sociedade. Há leis que entram em choque com a tradição de um povo e que não correspondem aos seus valores primordiais. Isto não obstante, *valem*, isto é, vigem. Há casos de normas legais, que, por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só logram ser cumpridas de maneira compulsória, possuindo, desse modo, validade formal, mas não *eficácia* espontânea no seio da comunidade¹⁴⁶.

¹⁴⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 14-16.

¹⁴⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. Ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 112.

O que Miguel Reale quer evidenciar é a necessidade que tem o legislador de levar em consideração a cultura local no momento de elaborar as normas. Entretanto, isso não quer dizer que é necessário sempre se curvar à cultura local quando, por exemplo, a referida cultura basear-se numa tradição de desrespeito aos direitos humanos. Nesse caso, torna-se necessário, após a edição de uma norma relativa a direitos humanos, de um amplo trabalho de conscientização para demonstrar às pessoas a importância da referida norma e convencê-las a cumpri-la. Com isso a máquina estatal sancionatória precisará ser menos utilizada aumentando a sua eficiência.

Existem normas que existem e são válidas e vigentes no plano formal, mas que não funcionam na prática. E a aceitação de uma norma pela maioria dos seus destinatários é algo essencial para que seja cumprida. Sobre esse tema é importante também recorrer aos ensinamentos de Norberto Bobbio¹⁴⁷ que assevera o seguinte:

O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não ser seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. Não é nossa tarefa aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, outras, ainda, que não seguidas apesar da coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia douta, se bem que em sentido diverso do habitual, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito.

Ferdinand Lassalle, em sua obra clássica *A Essência da Constituição* nos alerta que num texto constitucional a força normativa do mesmo não é determinada somente pela literalidade do seu texto, mas sim pelos *fatores reais de poder*¹⁴⁸. Na realidade, o

¹⁴⁷ BOBBIO, op. cit., p. 47-48, nota 137.

¹⁴⁸ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 10-11.

referido autor quis dizer que existem coisas, tais como as forças armadas, o poder econômico e outras coisas existentes no meio social que são verdadeiros fatores reais de poder, pois mesmo não estando contemplados pela constituição escrita, acabam influenciando o comportamento social. Acrescente-se também que fatores culturais influenciam.

O mesmo autor também diferencia a constituição escrita da constituição real, sendo que o ideal é que as duas sejam próximas para que o sistema fique estável. Uma dissonância muito grande entre uma e outra, quer dizer, entre o que está escrito no papel e a realidade, poderá causar, por exemplo, uma ruptura.

Onde a constituição *escrita* não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.¹⁴⁹

Isso serve como alerta para a situação atual do Brasil. Temos uma Constituição que segue a linha de um Estado Democrático e Social de Direito e também com a garantia de amplos direitos e garantias individuais e coletivas, inclusive direitos sociais. Entretanto, na prática os referidos direitos estão muito longe de serem efetivados, levando muitas vezes a um clima de desânimo com o regime democrático atualmente instalado no País.

É razoável recorrer à história para verificar que uma Constituição definidora de direitos humanos por si só não basta para manter um regime democrático, pois há outros pressupostos a serem avaliados, sendo que um deles é a sua efetivação. Um caso que deve ser analisado é o da Constituição Alemã de Weimar editada em 1919, que é referência no plano histórico da afirmação dos direitos fundamentais, principalmente os de segunda dimensão. Nesse aspecto, é importante socorrer-se da opinião de Jorge Miranda:

¹⁴⁹ LASSALE, op. cit., p. 33, nota 148.

A Constituição do *Reich* alemão, aprovada em 11 de Agosto de 1919 na cidade de Weimar, pode considerar-se o mais importante texto nessa altura concebido e espelha bem toda a mudança do modo de encarar os problemas políticos, sociais e econômicos do século XIX para o século XX. (...).¹⁵⁰

E o mesmo autor também comenta sobre a importância da referida constituição especialmente no tocante aos direitos que ela trouxe.

(...) Mas a Constituição de Weimar é sobretudo a primeira das grandes Constituições europeias a interessar-se profundamente pela questão social, em contraste com a aparente neutralidade das Constituições liberais do século passado.

Essa relevância constitucional dos problemas sociais traduz-se primacialmente em: 1.º a regulamentação de domínios até então esquecidos, como o casamento (art. 119.º), a juventude (art. 120.º), a educação (arts. 119.º e segs.) ou a vida económica (arts. 151.º e segs.); 2.º a atribuição aos cidadãos de direitos sociais; 3.º as limitações impostas ao princípio da liberdade contratual (art. 152.º) e à propriedade privada (153.º), em virtude da função social que desempenham.¹⁵¹

Mesmo com essa Constituição que se tornou uma referência mundial, a Alemanha não conseguiu evitar a posterior ascensão de Adolfo Hitler ao Poder e as suas atrocidades. Jorge Miranda alega que a ascensão de Hitler e do nacional-socialismo¹⁵² ao poder foi facilitada pela instabilidade e o descrédito dos governos, incapazes de resolver os problemas, agravados pela crise económica e por um sentimento de nacionalismo¹⁵³.

A razão do resgate desse fato é para demonstrar que a existência de uma Constituição em que esteja positivada uma gama ampla de direitos fundamentais é muito importante, mas por si só não há uma garantia de que os referidos direitos serão efetivados. E o pior: caso os referidos direitos não estiverem sendo assimilados pela população pode haver um sentimento de que os mesmos atrapalham o desenvolvimento, a paz e assim

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: preliminares / O Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 201. Tomo I.

¹⁵¹ ibidem p. 202.

¹⁵² O nacional-socialismo tem várias acepções na história, mas é mais conhecido como a ideologia do movimento político alemão guiado por Adolf Hitler após a primeira guerra mundial. Não é a mesma coisa que o socialismo internacionalista e marxista, sendo contrário ao mesmo. (cf BRACHER, Karl Dietrich. Nacional-socialismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Camen C. Varriale et all. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. vol. 2. p. 806-807.)

¹⁵³ MIRANDA, op. cit., p. 202, nota 150.

por diante, podendo isso ser utilizado por forças políticas que querem um retrocesso, no caso específico, o retorno de um regime autoritário.

Norberto Bobbio alerta que não adianta um direito estar apenas proclamado, pois ele precisa efetivamente ser desfrutado pelas pessoas¹⁵⁴. Além disso, o mesmo autor entende que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹⁵⁵.

Na realidade existem muitas declarações de direitos, sendo que a maioria dos referidos direitos está positivada nas constituições de diversos países. Diante disso, o referido autor entende que o grande problema não é o de debater sobre a justificativa de cada direito, mas sim principalmente proteger o cidadão que teve o seu direito desrespeitado. Pode-se entender que não se devem gastar enormes energias para justificar e filosofar sobre os direitos humanos, sendo que as referidas energias deveriam ser utilizadas para efetivá-los.

Entretanto, essa afirmativa de Bobbio é contestada por Gregório Peces-Barba Martinez que entende a mesma como um reducionismo positivista, pois retira a moralidade no momento de construir um conceito de direitos humanos¹⁵⁶. A ruptura dos direitos humanos com uma referência moral pode convertê-los em meros instrumentos de poder¹⁵⁷.

O que Peces-Barba quer dizer é que é necessário justificar, fundamentar os direitos que já estão em determinado ordenamento jurídico, já que a simples positivação dos mesmos pode não garantir a sua eficácia, pois os mesmos também devem ser aceitos pela maioria das pessoas. A polêmica aqui formada não resulta na conclusão que as duas formulações são completamente antagônicas, pois tanto um quanto outro tem o

¹⁵⁴ BOBBIO, op. cit., p. 29, nota 117.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 43.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid. Boletín Oficial del estado, 1999. p.53.

¹⁵⁷ Ibidem p. 56.

desejo inequívoco de ver efetivados os direitos humanos, apenas partem de concepções diferentes.

Com relação às questões morais no tocante à obediência da lei, Ronald Dworkin afirma que “(...) a questão de saber se os homens têm a obrigação moral de obedecer a lei ocupa um lugar proeminente nos cursos de teoria legal em todo o país; mas décadas atrás ninguém mencionava esse tema”¹⁵⁸.

Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral¹⁵⁹.

Jurgen Habermas abordou o direito e a sua interligação com os outros ramos do conhecimento no seu livro *Direito e democracia*¹⁶⁰. Na referida obra, ele “concede uma atenção fulcral à investigação da relação tensional entre direito e moral, legitimidade e legalidade, e suas múltiplas implicações”¹⁶¹. Dentre várias situações envolvendo o direito, o referido autor busca relacionar as normas jurídicas positivadas pelo Estado com a sua legitimidade.

E legitimidade não significa apenas que a norma deve ser produzida por um órgão legítimo, embora isso seja necessário para dotar a norma de imperatividade. Ela “significa o consenso empírico sobre a adequação entre a ordem jurídica e os valores

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3.

¹⁵⁹ *Ibidem* p. 12.

¹⁶⁰ NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jurgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 524

¹⁶¹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006. p. 173-174.

compartilhados por uma determinada sociedade que conduz, por sua vez, à obediência e ao cumprimento espontâneos do direito pelos seus destinatários”¹⁶².

O direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de direito. (...).¹⁶³

Pode ser necessário o uso de sanções para que uma norma jurídica devidamente positivada seja obedecida, mas é também importante que exista uma pretensão de legitimidade. Os sujeitos de determinado direito tendo consciência de que uma norma apresentada é o melhor para todos, tenderão a respeitá-la. Uma das formas de que isso seja garantido é que o surgimento da norma seja feito de maneira legítima, além de estar fundamentada.

(...). Uma norma jurídica passa a ser válida, quando o Estado consegue garantir: a) que a maioria das pessoas obedeça às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções; b) que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei.¹⁶⁴

Antonio Carlos Wolkmer também aborda a questão da legalidade e da legitimidade. Mesmo um governo sendo eleito democraticamente dentro dos padrões de legalidade ele, bem como o ordenamento jurídico em que o mesmo esteja contido, pode ter problemas de legitimidade. Para o referido autor

(...) a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas, que são obedecidas por condutas sociais presentes em determinada situação institucional.¹⁶⁵

¹⁶² SILVA, Alexandre Garrido. Direitos humanos, constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 36.

¹⁶³ HABERMAS, Junger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. II. p. 307.

¹⁶⁴ Ibidem p. 308.

¹⁶⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 81.

Já a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogadas para a coletividade. (...) ¹⁶⁶.

Pelo que se percebe, a questão da legitimidade do poder está muito relacionada à ideologia difundida no seio do povo, que pode aceitar ou não o referido poder. E por poder não está se referindo apenas ao Presidente da República, mas sim a todos os poderes constituídos, inclusive as normas jurídicas constitucionais ou não, sendo que isso pode afetar positivamente ou negativamente a efetivação das referidas normas.

E o problema da efetivação dos direitos fundamentais é algo que necessita ser mais bem debatido no Brasil. O fato de estar prevista pelo Constituinte Originário a existência de vários direitos fundamentais não quer dizer que os mesmos sejam respeitados automaticamente. Há vários fatores políticos, culturais, econômicos, práticos, jurídicos etc. que dificultam a efetivação dos referidos direitos.

No art. 5º III há uma proibição clara da tortura. Entretanto, ela é praticada deliberadamente seja por particulares ou por agentes do poder público, sendo utilizada como um instrumento intimidatório. E o pior: no caso de torturas de pessoas presas há um apelo popular, mesmo que inconsciente, em favor da referida prática. E no próprio ambiente policial há uma cultura favorável à tortura, como se isso fosse uma prática que combatesse a violência e à criminalidade.

E os torturadores não são pessoas assumidamente cruéis e aos olhos da sociedade podem ser considerados pessoas normais e sem condições de praticarem atos com brutalidade. Isso faz lembrar a obra de Hanna Arendt intitulado *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, em que é retratado o julgamento do nazista Adolf Eichmann que foi classificado pela referida autora como um homem normal, mas que embarcou milhões de pessoas para a morte ¹⁶⁷, um homem comum e

¹⁶⁶ WOLKMER, op. cit., p. 81, nota 165.

¹⁶⁷ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 37.

que não tinha aparência diabólica, mas que cometeu uma barbárie sem motivação clara denotando aí uma banalidade dos seus atos¹⁶⁸.

O que mais impressiona nesse relato é como alguém na história pôde cometer atos tão cruéis contra os seus semelhantes e isso não é coisa da antiguidade, pois ocorreu em pleno Século XX. E o pior: o carrasco nazista tinha aparência de alguém comum, normal, tipo um bom pai de família. E isso pode ser também comum àquelas pessoas que violam os direitos humanos, especialmente os que espancam presos na solidão do cárcere.

A violação dos direitos humanos no Brasil é muito alta, ocorrendo principalmente no caso das pessoas que estão sendo processadas criminalmente e/ou que se encontram presas. Nesse aspecto, vale a pena analisar a apresentação que Paulo Sérgio Pinheiro fez no livro de autoria de Teresa Pires do Rio Caldeira, em que afirma:

Há em *Cidade de muros* uma cuidadosa reconstrução das práticas dos agentes policiais e do quadro de injustiça legal nesses quinze anos de consolidação democrática. Hoje o Estado democrático não coordena a tortura como na ditadura, mas a tortura continua sendo sistemática nas delegacias de polícia e *de rigueur* em todas as prisões do país. As vítimas são as “classes torturáveis”, de que falava Graham Greene – os criminosos de direito comum, pobres e negros. Além disso, há uma divisão social do trabalho – se a polícia civil tortura, a polícia militar mata suspeitos, o conjunto resultando não em controle da criminalidade, mas em dramática intensificação da violência.¹⁶⁹

No caso da tortura praticada por uma parte dos policiais, Roberto Kant de Lima assevera que “os policiais brasileiros justificam abertamente o uso de tortura física para obter informações ou a confissão de suspeitos (como era a prática tradicional, por exemplo, na antiga inquirição canônica e nos inquéritos portugueses)”¹⁷⁰. O mesmo autor também menciona uma situação inusitada em que um delegado honesto e que não torturava foi repreendido pelo seu superior:

¹⁶⁸ ARENDT, op. cit., p. 310-311, nota 167.

¹⁶⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo.** Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Edusp. 2000.

¹⁷⁰ LIMA, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos.** 2.a ed. ver. Tradução de Otto Millher. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 84.

De fato, a correlação positiva entre a tortura e uma investigação coroada de êxito é tão institucionalizada que o delegado adjunto que não permitia a tortura na delegacia durante seu plantão foi repreendido pelo delegado titular. A repreensão baseava-se na presunção de que sem tortura não havia êxito nas investigações, o que afetaria seriamente a eficiência da delegacia¹⁷¹.

A plena realização dos direitos humanos é algo desejável para que se consolide o Estado Democrático de Direito¹⁷². Por isso, é importante a utilização de todos os mecanismos lícitos, sejam eles de ordem jurídica ou de ordem cultural para obter-se a efetivação dos direitos inerentes à pessoa humana, estejam elas presas ou não.

Existem vários instrumentos judiciais instituídos para defender os direitos humanos e eles devem ser utilizados quando ocorrerem violações aos referidos direitos, justamente para que os Tratados e Convenções Internacionais, bem como a Constituição e demais leis não caiam em desuso. Os agressores dos direitos humanos devem ser punidos pelos seus atos, bem como as violações devem ser cessadas.

Nesse diapasão é importante socorrer dos ensinamentos de Rudolf Von Ihering, que escreveu a obra intitulada *A luta pelo direito*, em que aborda o perigo que existe no caso de um direito não ser exercido. Inclusive o referido autor questiona muito quem não exerce o seu direito.

Quando um indivíduo é lesado nos seus direitos, deve perguntar-se se ele os sustentará, se resistirá ao seu adversário, e por consequência se ele lutará, ou se efetivamente, para escapar a luta abandonará, cobardemente, o seu direito.¹⁷³

E mesmo que o valor de uma causa seja pequeno, o referido autor entende que o direito deve ser exercido, justamente para que o mesmo não pereça. O não exercício do direito pode até resultar numa paz momentânea, mas pode incentivar que o direito seja desrespeitado novamente. Deve-se então existir uma resistência à injustiça ultrajante existente na sociedade como um todo, sendo que isso “É um dever do

¹⁷¹ LIMA, op. cit., p. 84, nota 170.

¹⁷² GALINDO, op. cit., p. 222, nota 124.

¹⁷³ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 12.

interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize”¹⁷⁴.

Para isso é que foram criados mecanismos para que o direito seja defendido, e que seja exercido com plenitude. E no caso dos direitos que estão efetivamente positivados em um ordenamento jurídico há uma facilidade maior em que os mesmos sejam exigidos, inclusive por medidas judiciais. Então existem direitos e existem medidas, conhecidas como garantias, feitas justamente para que se possa exigir, inclusive judicialmente, o cumprimento dos mesmos.

Mas qual seria a diferença entre direitos e garantias constitucionais? Num primeiro momento é importante salientar que o Constituinte de 1988 não fez uma distinção clara entre um e outra, ficando essa tarefa para quem for interpretar o texto constitucional. Os direitos e garantias fundamentais estão previstos em diversos artigos da Constituição Federal, sem uma distinção clara se trata de um direito ou de uma garantia.

J. J. Gomes Canotilho aborda a distinção entre direitos e garantias fundamentais, embora entenda que em muitos momentos os dois institutos se confundem, tal como podemos observar a partir da sua opinião a seguir transcrita:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de proteção dos direitos. As **garantias** traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).¹⁷⁵

No ordenamento jurídico não adianta apenas existir o direito das pessoas, sem as devidas garantias que assegurem o cumprimento dos referidos direitos. Por exemplo: existe o direito de uma pessoa somente ser presa caso tenha ordem judicial expressa

¹⁷⁴ IHERING, op. cit., p.15, nota 173.

¹⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

ou esteja em flagrante delito, mas para que isso possa ser assegurado existe a garantia do *hábeas corpus*. O que Canotilho alega é que as garantias também podem ser encaradas como direitos, mas elas têm um carácter mais instrumental de proteção dos direitos.

Jorge Miranda, ao abordar o assunto procura distinguir um pouco mais os direitos das garantias, embora não veiculando uma posição contrária as assertivas anteriores sobre o assunto. O referido autor entende que

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.¹⁷⁶

Outro ponto importante em termos de proteção dos direitos humanos é sobre a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos humanos. Antônio Augusto Cançado Trindade menciona que o assunto foi tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1987 e basicamente proíbe a suspensão das garantias judiciais dos direitos humanos exceto em situações de emergência, em carácter excepcional, previstas no art. 27 (1) da Convenção Americana¹⁷⁷.

A Convenção Americana inclui, dentre os direitos que não se pode suspender (artigo 27(2) *in fine*), as garantias judiciais essenciais para a proteção de tais direitos, em uma clara indicação de que, mesmo em situações de emergência, a suspensão de certas garantias não comporta a suspensão temporária do Estado de Direito e seu vínculo inseparável como princípio da legalidade e as instituições democráticas. Concluiu a Corte que, como os recursos de *hábeas corpus* e *amparo* se encontram entre os recursos judiciais essenciais para a proteção dos direitos inderrogáveis e para a preservação da legalidade em uma sociedade democrática, “os ordenamentos constitucionais e legais dos Estados Partes que autorizem, explícita ou implicitamente, a suspensão dos procedimentos de *hábeas corpus* ou de amparo em situações de emergência devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais que a estes Estados impõe a Convenção.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV – Direitos fundamentais. p. 95.

¹⁷⁷ TRINDADE, op. cit., p. 62, nota 119.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 63.

Na realidade o que a referida Convenção quer é reduzir qualquer possibilidade de retrocesso no tocante às proteções judiciais contra a violação de direitos humanos. E ela cita dois instrumentos importantes, como é o caso do *hábeas corpus* e o recurso de *amparo*. O primeiro existe no Brasil com o mesmo nome e com o mesmo alcance. O segundo é um instrumento muito parecido com o mandado de segurança que existe no ordenamento jurídico pátrio.

A defesa dos direitos humanos pelos diversos instrumentos judiciais disponíveis para o referido fim em regra somente protege individualmente o impetrante. Entretanto, para muitos casos, a violação de determinado direito humano abrange um grande número de pessoas, sendo que seriam necessárias várias ações ou pelo menos o uso do instituto processual do litisconsórcio, que nem sempre é viável.

E aí entra então a ação civil pública que poderá defender direitos metaindividuais. A designação direitos metaindividuais é o gênero das espécies direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Também são conhecidos como direitos coletivos *lato sensu*, transindividuais ou supra-individuais¹⁷⁹, sendo que os direitos humanos não são somente de uma pessoa.

A percepção dos interesses metaindividuais como uma categoria específica de direitos, dotada de características e funções próprias, está intimamente relacionada com a compreensão da evolução dos direitos humanos. Não se pode deixar de reconhecer que o conteúdo dos direitos humanos e, por conseguinte, dos interesses metaindividuais é determinado historicamente, sendo produto do desenvolvimento da humanidade.¹⁸⁰

A Ação Civil Pública surgiu no ordenamento jurídico pátrio antes mesmo da Constituição de 1988. Ela nasceu com a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LACP). Carlos Henrique Bezerra Leite ao comentar sobre a redação original da LACP, afirma que “o objeto dessa ação especial residia

¹⁷⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: Nova jurisdição metaindividual/Legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTR, 2001. p. 46.

¹⁸⁰ LOZER, Juliana Carlesso. Direitos humanos e interesses metaindividuais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTR, 2004. p. 9.

apenas na reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”¹⁸¹.

Com a Constituição de 1988, que abriu um espaço bem maior para as ações coletivas, a Ação Civil Pública, nos termos do art. 129, III do texto da referida carta constitucional, teve o seu objeto ampliado, já que, além do que já protegia pela redação original da LACP, passou a defender também o “patrimônio público e social” bem como “outros interesses difusos e coletivos”¹⁸².

Em determinadas situações será cabível a ação civil pública para a defesa de direitos humanos que estiverem sendo violados contra um grupo de pessoas, determinado ou não. Isso evitará que se entre com uma série de ações individuais o que seria contraproducente e até ineficiente, pois não conseguiria atingir a todos os prejudicados.

No Espírito Santo ocorreu uma situação concreta em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública contra o Estado devido às péssimas condições das alas destinadas a internação de menores infratores da Penitenciária Regional de Colatina, cidade situada no norte do referida unidade da federação. Essa ação foi bem sucedida, inclusive com decisão favorável do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que determinou a realização de reformas imediatas no referido presídio¹⁸³.

Em matéria de discussão judicial sobre direitos fundamentais dos presos e processados o problema não atinge somente uma pessoa, mas sim um conjunto delas, sendo então mais viável o uso das ações coletivas. Entretanto, para isso torna-se necessário um estudo mais aprofundado sobre os referidos direitos e os seus fundamentos, o que será feito no próximo capítulo.

¹⁸¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: Nova jurisdição metaindividual/Legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTR, 2001. p. 91.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sala de Notícias > Últimas **Estado do Espírito Santo terá de reformar alas da Penitenciária de Colatina**. (22 de maio de 2007) Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84200> Acesso em 27 mai 2007.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

3.1 O DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

Conforme Hannah Arendt, cidadania é o direito a ter direitos¹⁸⁴. Nesse contexto também se enquadram as pessoas presas ou processadas criminalmente, pois o direito a ter direitos não é restritivo.

As declarações, tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como o ordenamento jurídico constitucional pátrio não permitem o tratamento degradante ou desumano a todas as pessoas, inclusive as que se encontram presas ou processadas.. Entretanto isso não está sendo respeitado Brasil que conta, inclusive com uma grave crise carcerária.

André de Carvalho Ramos entende que a atual crise carcerária no Brasil, inclusive com a ocorrência de rebeliões além do aumento vertiginoso de facções criminosas, tem como cerne o desrespeito sistemático aos direitos humanos dos presos¹⁸⁵.

Não podemos esquecer que os presos estão em ambiente de reclusão justamente por descumprir as leis, mas, ao mesmo tempo, temos que recordar também que a lei não é aplicada no cotidiano do preso. Qual é o aprendizado que o preso retira dessa constatação? O pior possível. De fato, essa contradição, entre sua punição por violar a lei e a indiferença do Estado no cumprimento de direitos básicos dos presos é tão evidente que o resultado dela só pode ser o aumento do ódio e da violência.¹⁸⁶

O mesmo autor relata uma visita feita por Procuradores da República, que foi motivada por denúncias de maus tratos feitas ao Relator Especial da Organização das Nações Unidas, a uma carceragem de Distrito Policial em São Paulo, em que foram

¹⁸⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 155.

¹⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. A cidadania no sistema prisional brasileiro. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixal at all (coord). **Ministério público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 7.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 7.

encontrados 175 presos em instalações que comportariam no máximo 36. Além disso, 56 eram presos definitivos¹⁸⁷.

Além da superlotação e das precárias condições de vida e de higiene, constata-se no sistema prisional brasileiro “a *ausência* de assistência judiciária gratuita”¹⁸⁸. O preso sem advogado particular fica com pouca ou nenhuma assistência, sendo aquela prestada pelo defensor público limitada muito à prática forense, não havendo um acompanhamento maior ao preso e à sua situação. Isso inclusive gera uma desigualdade dentro do próprio sistema prisional entre os presos com advogado particular e os sem advogado particular. “Assim, urge a implementação do direito à assistência judiciária na fase de execução da pena em sua integralidade”¹⁸⁹.

O preso tem direito ao trabalho, nos termos do art. 28 da Lei de Execução Penal, que inclusive garante a redução de pena. Também tem o preso direito ao estudo, sendo que o estudo profissionalizando “é vetor essencial para a ressocialização futura. O investimento na capacitação do preso é instrumento para exercício da cidadania”¹⁹⁰.

O ensino fundamental é obrigatório nos termos do art. 18 da LEP, devendo ser dado também o ensino profissional de acordo com o art. 19 da LEP. Entretanto o direito ao ensino não é cumprido na maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros. “Assim, o círculo vicioso do retorno à prisão se fecha. A falta de cursos profissionalizantes nas prisões torna mais difícil a obtenção de um futuro emprego e, com isso, leva à marginalização e crimes”¹⁹¹.

O direito ao trabalho e ao ensino como se pode notar atinge também as pessoas que se encontram encarceradas. O problema maior é o não cumprimento do referido direito e com isso perde-se uma enorme oportunidade de ressocializar os detentos, garantir-lhes cidadania e reduzir a reincidência criminal.

¹⁸⁷ RAMOS, op. cit., p. 7, nota 185.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 15.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 16-17

¹⁹⁰ Ibidem, p. 22.

¹⁹¹ Ibidem, p. 23.

No tocante às perspectivas de solução do problema, ressalte-se que as “soluções de sempre”, tipo aumento de penas, restrições aos direitos dos presos não são eficazes, sendo que “os elaboradores e executores de políticas públicas de segurança e sistema prisional serão obrigados a enfrentar as causas da violência que assola os presídios e que contamina toda a sociedade”¹⁹².

O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das predominantes. (...).¹⁹³

Mesmo havendo diversos direitos dos presos e processados devidamente positivados no texto constitucional eles estão muito longe de serem respeitados, prevalecendo a lógica descrita na citação anterior em que Zygmunt Bauman descreve a forma de isolamento a que historicamente foram submetidos os setores tidos como indesejáveis pela sociedade, o que resulta, na prática, numa indevida redução dos seus direitos.

Esses setores tidos como indesejáveis estariam, na visão de Boaventura de Sousa Santos, inseridas no que ele chama de sociedade civil incivil. Na realidade, o referido autor entende que existem três tipos de sociedade civil: a sociedade íntima, a sociedade estranha e a sociedade incivil. A primeira refere-se aos hiper-incluídos que têm amplo acesso aos direitos. A segunda refere-se àqueles com inclusão social moderada. Já a terceira, que é a sociedade incivil, refere-se aos totalmente excluídos, aqueles que são considerados invisíveis e que na prática não têm quaisquer direitos¹⁹⁴.

¹⁹² RAMOS, op. cit., p. 27, nota 185.

¹⁹³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR editor, 1999. p. 114.

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Vitória: FDV; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007 p. 43-44.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS NA CF-88

A Constituição Federal reservou diversos dispositivos relacionados aos direitos das pessoas presas ou processadas e que estão inseridos no art. 5º. De qualquer maneira, há de se ressaltar que a maioria deles deriva do princípio da dignidade da pessoa humana que está previsto no art. 1º III do texto constitucional.

Flávia Piovesan destaca o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Internacional, especialmente no mundo ocidental, como delineador de outros princípios relativos aos direitos humanos.

Por sua vez, no âmbito do Direito Internacional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido.¹⁹⁵

Existem diversos direitos dos presos e processados previstos em incisos do art. 5º da Constituição Federal que são os seguintes: proibição da tortura e tratamento degradante (III), lei deverá punir discriminação contra direitos e liberdades fundamentais (XLI), proibição da pena de morte e outras penas cruéis (XLVII), respeito à integridade física e moral (XLIX), direito das presidiárias de ficarem com seus filhos no período de amamentação (L), devido processo legal para privar alguém da liberdade ou dos seus bens (LIV), contraditório e ampla defesa (LV), presunção de inocência (LVII), não sujeição a identificação criminal do civilmente identificado, salvo hipóteses legais (LVIII), prisão somente em flagrante ou por ordem judicial, salvo em questões militares (LXI), prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e a família ou pessoa indicada pelo preso (LXII), preso deverá ser informado de seus direitos inclusive da assistência da família e de advogado podendo ficar calado (LXIII), direito de saber os responsáveis pela prisão e pelo interrogatório (LXIV), prisão ilegal deverá ser

¹⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá: 2006. Vol 1. p. 17-18.

relaxada imediatamente pela autoridade judiciária (LXV), ninguém deverá ficar preso quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança (LXVI), proibição da prisão por dívida exceto no caso do depositário infiel ou do inadimplente voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (LXVII), direito ao “habeas corpus” que será gratuito (LXVIII e LXXVII), assistência jurídica e integral prestada pelo Estado aos com insuficiência de recursos (LXXIV), indenização ao condenado por erro judiciário ou ao que ficar preso mais do que tempo fixada na sentença (LXXV) e duração razoável do processo (LXXVII).

A Constituição de 1988 dedicou vários dispositivos para proteger os acusados e litigantes em processos judiciais e administrativos. Decorre de um caráter liberal da Constituição ao estabelecer uma série de direitos para proteger o cidadão frente ao Estado, mas também decorre de um sentimento contra o regime autoritário anterior em que houve muitos abusos contra os presos, despertando a necessidade de garantias mais efetivas para os presos e processados¹⁹⁶.

Um ponto que há de se ressaltar que na defesa dos direitos fundamentais dos presos é a presença do advogado, sendo que a sua ausência anula qualquer ato que for praticado contra o preso ou processado criminalmente. Inclusive se o preso não indicar advogado deverá ser designado um defensor dativo para o mesmo¹⁹⁷. Essa presença contribui para que sejam garantidos outros direitos.

A defesa técnica por profissional habilitado faz parte do princípio da ampla defesa referido no art. 5º, LV e vale até mesmo para o menor a quem se impute prática de ato infracional (art. 227, § 3º, IV), mesmo porque a Advocacia e a Defensoria Pública são essenciais para a prestação jurisdicional (arts. 133 e 134).¹⁹⁸

Outro ponto a ser ressaltado é que esses e outros direitos e garantias constitucionais não obrigam somente o poder público, mas também aos particulares. O particular também deve, nas suas relações com os outros particulares, respeitar os referidos

¹⁹⁶ SLAIB FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 581.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 599.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 599.

direitos e garantias. J.J. Gomes Canotilho aborda esse tema levantando duas teorias sobre o assunto, mas que diferem apenas na forma, pois as duas resultam na vinculação do particular.

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais e colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar – *a teoria da eficácia indirecta* -, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias. (...).¹⁹⁹

O mesmo autor também comenta a extensão das garantias dos direitos humanos à seara privada explicando que os direitos humanos possuem, também, uma eficácia horizontal por possuir os particulares como destinatários dos deveres de respeito e proteção desses. Diferentemente do que ocorre com a eficácia vertical dos direitos humanos, que é caracterizada por ter o Estado como destinatário do dever de garantia, a eficácia horizontal ou privada se justifica pelo fato nos particulares estarem em um mesmo nível em relação a direitos e obrigações de qualquer sociedade²⁰⁰.

Embora ocorra na maioria das vezes uma responsabilização maior do Estado pelo cumprimento dos direitos fundamentais, isso também não exclui o dever dos particulares de respeitarem os direitos fundamentais. É claro que o Estado tem um dever preponderante na garantia dos direitos fundamentais. Isso ocorre devido aos recursos, inclusive financeiros, que são postos à disposição do Estado como ao poder que lhe é destinado, que inclusive detêm o monopólio do uso da violência como forma de se impor perante a sociedade no interesse do bem comum.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre os cidadãos pode funcionar como um ponto de apoio para o respeito aos referidos direitos. Um cidadão deve respeitar os

¹⁹⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 448, nota 175.

²⁰⁰ Ibidem, p. 1287-1288.

outros cidadãos, um empresário não deve tratar os seus empregados de forma degradante, a sociedade deve receber bem os ex-presidiários para dar chance à sua ressocialização e assim por diante. Quando alguém age com discriminação contra um ex-presidiário, contra um negro, contra uma mulher está dificultando a efetivação dos direitos fundamentais, obrigando o Estado a agir o que gera custos.

Como foi visto, existe um rol amplo dos direitos das pessoas presas ou processadas. Entretanto, para fins de aprofundamento foram escolhidos três dos referidos direitos: o da presunção de inocência, o da proibição da tortura e o da proibição das penas cruéis inclusive a pena de morte. A presunção de inocência será aprofundada, pois um dos fatores de cidadania a ser tratada é o acesso à Justiça que tem a finalidade de garantir o direito de defesa da pessoa presa ou processada. Já a tortura e as penas aplicadas de maneira cruel ocorrem muito no Brasil, sendo isso produto da crise carcerária já mencionada neste trabalho e que merece um aprofundamento.

3.2.1 A presunção de Inocência

Pelo art. 5º LVII da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É o princípio da presunção de inocência. Não se confunde com uma determinação de inocência, pois é apenas uma presunção.

Esse princípio também está de certa forma, inserido no art. 5º, LXVI da CF que prescreve: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Na realidade a pessoa somente deve ser presa quando tiver um motivo forte para isso e que pode ser a condenação ou a necessidade de manter o réu preso para não ameaçar testemunhas e nem praticar outros crimes.

Paulo Rangel ressalta o momento histórico mundial em que surgiu o princípio da presunção de inocência, que veio em contraposição a um sistema que declarava o processado culpado desde o início do processo.

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra culpado.²⁰¹(...).

E nesse ponto o mesmo autor destaca a importância da Revolução Francesa e o seu principal documento, que é um marco em favor da defesa dos direitos e garantias fundamentais, que é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789. No art. 9º do referido documento, ficou previsto o seguinte:

Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.²⁰²

A abordagem da presunção de inocência, como um direito fundamental àqueles que estão sendo submetidos a qualquer modo de investigação, faz surgir uma pergunta muito comum feita pelos leigos no tema: e se o réu aproveitar a liberdade para fugir ou para continuar praticando crimes esse princípio da presunção de inocência não estaria atrapalhando a eficiência do combate à criminalidade? Essa dúvida pode ser esclarecida quando se fala que, dependendo do caso concreto, o juiz pode declarar a prisão cautelar daquele que está sendo investigado. Nesse sentido o STF entende que "A presunção constitucional de não-culpabilidade não desautoriza as diversas espécies de prisão processual, prisões inscritas em lei para o fim de fazer cumprida a lei processual ou para fazer vingar a ação penal"²⁰³.

A possibilidade da prisão cautelar desde que cumpridos os seus pressupostos é uma demonstração de que o processo penal tem mecanismos autorizados pela própria constituição para fazer com que a apuração de determinado crime seja feita com rigor, inclusive com a privação da liberdade do acusado para evitar, dentre outras coisas, que o mesmo exerça coação contra testemunhas ou continue praticando crimes. Isso

²⁰¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 23

²⁰² Ibidem, . p. 23-24.

²⁰³ HC 81.468, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 29-10-02, *DJ* de 1º-8-03.

demonstra que o respeito aos direitos fundamentais não resulta em impunidade nem obsta o processo penal.

Outro problema relacionado com o não cumprimento do princípio da presunção de inocência é o estigma sofrido pelas pessoas presas, especialmente quando as mesmas não tiverem os seus mínimos direitos respeitados.

Uma pessoa que é recolhida a uma instituição de custódia como é o caso de uma prisão, de um sanatório ou de um orfanato sofre estigma devido ao simples fato de estar internada²⁰⁴. E esse estigma também é repassado aos seus descendentes, pois o filho de um ex-presidiário, por exemplo, também é discriminado²⁰⁵. E o estigma que uma pessoa sofre, pode também ser sofrido por outras pessoas que tenham características semelhantes mesmo não tendo as mesmas características de comportamento²⁰⁶. Por exemplo: um preso suspeito de ter praticado um crime leve sofre um estigma pelo simples fato de ter sido preso. Esse estigma sofrido tenderá ser o mesmo daquele sofrido por alguém que, por exemplo, cometeu um crime hediondo. Ao ser presa, mesmo por um crime leve ou mesmo sem ter praticado crime algum, a pessoa é vista como um bandido.

O estigma representa um atributo dado à determinada pessoa, sendo utilizado como “referência a um atributo profundamente depreciativo”²⁰⁷. O estigma atribuído a determinada pessoa destrói a possibilidade de outros atributos da referida pessoa serem percebidos²⁰⁸. E o pior: passa-se a acreditar que uma pessoa com estigma não seja totalmente humana, resultando em várias discriminações²⁰⁹.

O processo penal que uma pessoa sofre pode representar para a mesma um grande sofrimento, especialmente se a mesma é inocente. Por esse e por outros motivos que

²⁰⁴ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 46.

²⁰⁵ Ibidem, p. 39.

²⁰⁶ Ibidem, p. 57.

²⁰⁷ Ibidem, p. 13.

²⁰⁸ GOFFMAN, op. cit. p. 14, nota 204.

²⁰⁹ Ibidem, p. 14-15.

devem ser no mesmo respeitados os direitos fundamentais, especialmente o da presunção de inocência. Isso reduz a chance da pessoa processada vir a receber um estigma difícil de retirar dela mesmo sendo ao final declarada inocente de maneira incontestável.

3.2.2 A proibição da prática da tortura

Os atos de tortura proibidos pela Constituição Federal não somente se atenta para os atos praticados pelo poder estatal contra o ser humano, mas também para aqueles praticados pelo particular contra o particular. É claro que a tortura praticada pelo poder público é mais grave, pois o mesmo está investido de um poder dado pelo povo no contrato social com o objetivo justamente de defender pelo menos a integridade das pessoas.

A tortura praticada pelo particular também deve ser repudiada, pois ele não tem o direito de fazer isso. É muito comum a tortura praticada por particulares que têm uma relação de ascendência com as pessoas: é o caso do marido contra a mulher, do pai contra o filho, do empregador contra o empregado, o professor contra o aluno etc. O fato de uma pessoa ter uma posição de ascendência em relação à outra não dá a mesma o direito de abusar de sua posição impondo uma série de gravames que importem em tortura, tratamento desumano ou degradante.

Isso deveria ser respeitado mesmo que não tivesse previsto no ordenamento jurídico, pois faz parte dos direitos naturais do ser humano, sendo que um deles é ter uma convivência pacífica com o seu semelhante, sem ser atacado ou submetido a condições desumanas ou degradantes. Para J. J. Gomes Canotilho, “(...) Os direitos naturais, como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; (...)”²¹⁰.

²¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 394, nota 175.

Além disso, já existem documentos internacionais antigos que garantem essa proteção, como é o caso do artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada em 1948 que afirma o seguinte: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”²¹¹.

Depois dessa declaração, outros documentos internacionais foram editados reafirmando a condenação da prática da tortura, dentre os quais podemos citar: a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1959, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos adotada em 1969; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, editada em 1981; a Carta Árabe de Direitos Humanos que foi adotada em 1994, mas ainda não está em vigor²¹².

Para justificar a necessidade da reafirmação disso nos documentos internacionais bem como a positivação no ordenamento jurídico pátrio é importante lembrar as atrocidades que foram cometidas contra a espécie humana nos últimos cem anos, como é o caso do extermínio de judeus pelos nazistas bem como aquelas praticadas por ditadores em todo o mundo.

Mas o Estado também tem a função de conter a criminalidade, sendo que muitas vezes é necessário que utilize a sua autoridade, inclusive com medidas de ordem repressiva. Vale ressaltar que o Estado possui o monopólio do uso legítimo da violência²¹³, justamente para poder tomar as atitudes necessárias para conter as ameaças à paz social.

(...). Assim, em assuntos internos, a violência funciona como o último recurso do poder contra criminosos e rebeldes – isto é, contra indivíduos sozinhos que, de certo modo, se recusam a ser esmagados pelo consenso da maioria. (...).²¹⁴

²¹¹ PIOVESAN, op. cit., p. 344, nota 85.

²¹² AMNESTY INTERNATIONAL. **Combatendo a tortura**: manual de ação. Tradução: Galeno Fae de Almeida. Porto Alegre: Nova Prova, 2003. p. 7.

²¹³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elisabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 526.

²¹⁴ ARENDT, Hannah.. **Crises da república**. Tadução de José Volkmann. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. (Coleção Debates). p.128.

É utópico esperar que todas as pessoas cumpram totalmente as leis. Mesmo em um regime em que a maioria as cumpra, sempre haverá um ou outro que não cumprirá, agindo muitas vezes em proveito próprio, inclusive cometendo fatos considerados criminosos. Nessas situações, é necessária a presença do Estado para obrigar ao cumprimento das mesmas, inclusive com meios repressivos que devem ser utilizados somente em último caso. Entretanto, as medidas tomadas pelo Estado têm que ser fiscalizadas pela sociedade para evitar que se tornem abusivas, como é o caso da tortura que às vezes é utilizada por policiais em presos.

A prática de tortura foi comentada e condenada pelo italiano Pietro Verri, que viveu na Itália do Século XVIII. Para o referido autor, a tortura é uma prática, além de cruel, ineficiente para que sejam obtidas confissões no processo penal. Quando a polícia tortura um suspeito forte e resistente, mesmo que ele seja culpado ele resistirá à pressão e acabará sendo liberado. Já um sujeito mais frágil, mesmo que seja inocente, acabará confessando um crime que não cometeu após sofrer tortura²¹⁵.

Esses argumentos também foram utilizados por Cesare Beccaria que também entende que a tortura é uma barbárie. Além disso, afirma, assim como Verri, que a tortura é inútil caso seja utilizada para que um criminoso confesse o crime, já que um inocente fraco poderá confessar um crime que não cometeu ao contrário do culpado forte que não confessará²¹⁶.

Uma questão prática que já passou por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) é se o uso de algemas em pessoas presas seria ou não uma forma de tortura, tratamento desumano ou tratamento degradante. O Código Penal e o Código de Processo Penal não tratam do assunto, sendo que o art. 199 da Lei de Execuções Penais (LEP) determina que o uso de algemas seja regulamentado por Decreto federal. Como isso ainda não ocorreu há uma omissão legislativa. Entretanto, o STF entendeu:

²¹⁵ VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução de Federico Carotti. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89.

²¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999. p. 61-62.

(...) que a prisão não é espetáculo e que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional e que deve ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. (...).²¹⁷

Na realidade, o uso de algemas pode ser necessário em alguns momentos, justamente por questão de segurança. Entretanto, não pode ser utilizada para servir como espetáculo, para constranger a pessoa que está sendo presa. Mesmo que a pessoa presa seja culpada não é correto que ela seja agredida física e moralmente. E caso ela seja inocente isso é pior ainda, pois estará sofrendo por algo que não fez.

Entretanto, em alguns casos, as autoridades responsáveis pela prisão ou pela escolta de determinado preso deverão, e não simplesmente poderão, algemá-los devido a questões de segurança, mas tudo dentro dos limites da razoabilidade. A intenção não é torturar ou constranger o preso, mas sim evitar a fuga, a agressão contra outras pessoas, o que poderia trazer prejuízo para a instrução criminal, dificultando o combate à impunidade.

A Constituição de 1988, seguindo as declarações internacionais relativas a direitos humanos e também com a intenção de evitar que voltassem a ocorrer no Brasil os desmandos ocorridos durante a ditadura militar (1964-1985) em que muitas pessoas foram torturadas, prescreveu, no art. 5º XLIX que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

O próprio código penal (CP) no seu art. 38²¹⁸ determina a conservação, por parte do preso, de todos os seus direitos, exceto aqueles atingidos pela perda da liberdade. Além disso, a sua integridade física e moral deverá ser respeitada por todas as autoridades. Esse artigo do CP não somente foi recepcionado pelo novo ordenamento constitucional que se instalou no Brasil em 1988, como foi constitucionalizado.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.429-RO. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. **Diário de Justiça da União**, 2 fev 2007.

²¹⁸ O art. 38 do CP assevera 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"

Há uma semelhança entre o dispositivo que está sendo comentado agora com o previsto no Inciso III do art. 5º da Constituição, pois os dois proíbem a tortura. No Inciso III está proibida a tortura ou o tratamento desumano e degradante contra qualquer pessoa. Já no Inciso XLIX há uma menção mais clara da necessidade de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral. Na realidade os presos são de responsabilidade do Estado. Portanto, cabe ao Estado garantir os meios necessários para que os presos tenham os seus direitos respeitados.

O Supremo Tribunal Federal entende que

Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio.²¹⁹

Inclusive, é importante ressaltar que cabe responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37 § 6º da CF, sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais, para situações em que o preso for espancado ou morto dentro de estabelecimento prisional. E essa responsabilidade vai existir mesmo nos casos em que o espancamento seguido ou não de morte não for praticado por agente do Estado, mas sim por outro interno. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o assunto da seguinte maneira:

Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos.²²⁰

Esse é mais um motivo para que o Estado tenha todo o cuidado com os presos que estão sob sua responsabilidade, além da obrigação do respeito ao princípio da

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.179-PR. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de abril de 1994. **Diário de Justiça da União**, 3 jun 1994.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 272.839-MT. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2005. **Diário de Justiça da União**, 8 abr 2005.

dignidade da pessoa humana. Caso o Estado, por intermédio de algum de seus agentes, torture ou mate um preso ele será responsável financeiramente, sem prejuízo da sanção penal destinado ao agente. E essa responsabilidade também ocorrerá caso o Estado se omita deixando que um detento torture ou mate outro. E tudo que o Estado é responsabilizado acaba sendo pago pela sociedade através dos tributos.

Outro problema que ocorre com relação à tortura de acusados de crimes é um relativo apoio que a sociedade dá a referida prática, mesmo que inconstitucional. Pesquisa feita pelo Ibope em São Paulo na década de 1990 demonstrou que, das pessoas entrevistadas apenas 26% rejeitaram graves violações dos direitos humanos, sendo que a tortura contra presos foi aprovada por 54%. Há uma fúria da sociedade contra o criminoso, exigindo uma profilaxia²²¹. Pesquisa feita pela agência Nova S/B em conjunto com o Ibope no início de 2008 revela que o apoio à tortura foi demonstrado por 26% dos entrevistados²²². Mesmo que a pesquisa mais recente mostre um percentual menor do que a pesquisa anterior, o nível de apoio a tortura é ainda muito significativo e preocupante.

A tortura de presos é um fator que acompanha muito a corporação policial. Mesmo não sendo a responsável pelo cuidado dos presos nos estabelecimentos prisionais em muitas vezes policiais são deslocados para este tipo de tarefa. Entretanto, de qualquer maneira, mesmo não atuando em presídios os policiais, sejam eles civis ou militares, acabam tendo um contato com os presos já que eles efetuam as prisões e os conduzem até os estabelecimentos prisionais. No livro *Elite da Tropa* há relatos e torturas realizadas contra cidadãos presos ou contra meros suspeitos, como por exemplo, a tortura realizada em dois criminosos fracos. Os policiais encontraram dois

²²¹ PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003. p. 109.

²²² GLOBO ON LINE. **Ibope: 26% admitem tortura. Pesquisa mostra preconceito de raça e orientação sexual**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/03/08/ibope_26_admitem_tortura_pesquisa_mostra_preconceito_de_raca_orientacao_sexual-426148416.asp>. Acesso em 30 mar 2008.

rapazes viciados em drogas e que foram submetidos a tratamento degradante: receberam descarga de extintor nas narinas, foram obrigados a comer ovos cozidos sem água e foram enterrados em uma caçamba com lixo, tudo ao olhar divertido dos policiais presentes à cena e que aplaudiam o ocorrido²²³. O livro traz outros relatos como é o caso da tortura com mangueira de água fria praticada contra presos da penitenciária de Bangu I – Rio de Janeiro²²⁴ ou a ameaça de trancamento de um preso em uma gaveta conhecida como sepultura como tentativa de obrigar o mesmo a revelar um plano do crime organizado²²⁵.

Existem vários casos de pessoas inocentes que ficaram presas por um longo tempo e foram torturadas justamente para confessar um crime que não cometeram. Além do sofrimento causado indevidamente a essas pessoas a sociedade também acaba sofrendo, pois os verdadeiros culpados ficaram impunes.

Em 2002, o operário Alexandre de Oliveira foi preso e sob tortura feita com choque elétrico, varada na sola dos pés e ofensas morais confessou ter estuprado a sua filha Larissa, de um ano de sete meses. Nesse mesmo tempo no hospital que ela estava internada foi constatado que ela não havia sido estuprada, pois a vermelhidão que ela tinha na vagina era proveniente de câncer. Mesmo comunicada do fato, a polícia não soltou Alexandre, sendo que o mesmo somente foi libertado após o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de Juiz de Fora e de outras entidades²²⁶.

O caso Alexandre mostra que quando a pessoa não tem a proteção dos seus direitos efetivamente segurados, ela pode perder sua dignidade, sua integridade física e psíquica. Quando uma pessoa arbitrariamente presa é subtraída da proteção dos amigos e da família e submetida à violência e à degradação, ela se torna vítima indefesa nas mãos de indivíduos violentos, boçais e desprovidos de qualquer consciência ética.²²⁷

²²³ SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. **Elite da tropa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. p. 22-24.

²²⁴ Ibidem, p. 169-170.

²²⁵ Ibidem, p. 176-178.

²²⁶ MIRANDA, Nilmário. **Por que direitos humanos**. Belo Horizonte: autêntica, 2006. p. 17-20.

²²⁷ Ibidem, p. 20.

Outro drama foi o vivido pelo pedreiro de Varginha - MG Roberto Edmar Urias. Sob tortura o mesmo confessou o estupro e morte da ex-namorada. A polícia o utilizou como bode expiatório para conseguir apresentar um resultado imediato. Posteriormente foi feito um exame de DNA que ficou engavetado por nove meses e que era negativo, ou seja, não havia vestígios de Roberto no corpo da ex-namorada morta e estuprada. Roberto foi libertado após ter passado mais de três anos na prisão. O pior é que quem executou o crime bárbaro de estupro seguido de morte ficou impune, sendo que Roberto sofre até hoje o estigma de ter sido presidiário²²⁸.

Outro preso que confessou sob tortura foi Marco Aurélio Braz, o Lelo. Na primeira vez que foi ouvido pela polícia não estava assistido por advogado. Levado até os Eucaliptos na beira de uma estrada foi dependurado de cabeça para baixo e apanhou muito, o que levou o mesmo a confessar um crime que não havia cometido. Há de ressaltar que o verdadeiro criminoso já tinha confessado o crime e inocentado Lelo, mesmo assim acabou sendo condenado, tendo permanecido em estabelecimento prisional em condições degradantes, sendo solto somente depois da intervenção da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados²²⁹.

Isso sem contar o célebre caso dos irmãos Naves. Na década de 1930 em Minas Gerais os irmãos Joaquim Naves e Sebastião Naves foram acusados pelo desaparecimento e morte de Benedito Pereira Caetano. Os dois confessaram o crime após várias sessões de tortura, que inclusive teve como vítima a própria mãe dos acusados. Em um processo tumultuado, foram condenados a 25 anos e 6 meses de prisão. Em julho de 1952 o “morto” Benedito Pereira Caetano aparece vivo, época em que Sebastião Naves já estava cumprindo livramento condicional e o seu irmão Joaquim já tinha falecido. Esse fato foi relatado pelo advogado dos réus João Alamy Filho²³⁰.

²²⁸ Ibidem, p. 26-26.

²²⁹ Ibidem, p. 27-28.

²³⁰ ALAMY FILHO, João. **O caso dos irmãos naves**: um erro judiciário. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 376 p.

O caso de pessoas presas que confessam, sob tortura, crimes que não cometeram também ocorre em muitos países, mesmo em alguns considerados como de “primeiro mundo”. O advogado americano John Ghrishman relata vários casos ocorridos nos Estados Unidos em que a polícia, pressionada pela opinião pública, acabou induzindo a justiça a condenar pessoas inocentes que haviam confessado crimes bárbaros sob tortura. Retrata inclusive que com o avanço dos exames de DNA, vários presos inocentes foram soltos, demonstrando a existência de muitos erros judiciários²³¹.

Nos casos há um misto de: situação econômica e social dos réus, ausência de defesa com advogado, atuação despreparada ou até com má-fé da polícia, judiciário insensível, ministério público não atuante, sociedade cúmplice com a atuação ilegal do poder público etc. Isso é um quadro claro de falta de acesso à justiça.

3.2.3 A proibição da pena de morte e de outras penas cruéis

Quando ocorrem crimes bárbaros é comum que sejam organizados movimentos em defesa da paz, mas que na prática acabam chamando a população para se mobilizar na defesa de punições severas para os criminosos, inclusive a prisão perpétua e a pena de morte²³².

Esse “chamado” para a mobilização traz em seu discurso o peso da dor e do ódio de uma pessoa vitimizada. É, por isso, um discurso apaixonado e nada racional, que da mesma forma que clama por pena de morte ao “monstro que matou seu irmão”, poderia também incitar seu linchamento. Essa opinião, marcada pela cólera, jamais poderia participar de um movimento que se diz trabalhar pela paz.²³³

A incitação ao linchamento de um preso, mesmo que indireta, ou a simples defesa dessa prática é uma forma de difundir que o sistema punitivo estatal é ineficiente e assim continuará sendo num regime democrático. O apoio a massacres de pessoas

²³¹ GHRISHMAN, John. **O inocente**: uma história real de crime e injustiça. Tradução: Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Rocco, 2006. 381 p.

²³² PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 104-105.

²³³ PASTANA, op. cit., p.105, nota 232.

acusadas, ainda não julgadas, pela prática de crimes resulta numa consciência de que o respeito à dignidade da pessoa humana não vale para elas, sendo que isso não contribui para a construção da paz.

Sobre a questão dos linchamentos, que é algo que está difundido na cabeça de muitas pessoas como forma de vingança contra criminosos, existe uma pesquisa interessante feita pelos professores de Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo, Paulo Rogério M. Menandro e Lídio de Souza. O título da pesquisa resume de maneira inteligente o conteúdo do livro: *Linchamentos no Brasil: A justiça que não tarda, mas falha*. Para os referidos autores, o linchamento “é tradicionalmente um evento coletivo, muitas vezes protagonizado por uma multidão, e que envolve uma reação violenta, brusca, aparentemente contagiante e não sancionada culturalmente (...)”²³⁴. E os mesmos autores alertam para o fato de que sendo o linchamento feito a partir de um procedimento sumário é possível o assassinato de pessoas inocentes. Divulgam inclusive um dado de que nos Estados Unidos da América entre os anos de 1889 e 1933, época em que havia muitos linchamentos naquele país, em 26% dos linchamentos de negros ocorridos no sul, a pessoa linchada não havia cometido o crime pelo qual havia sido acusada²³⁵.

Esse estudo sobre linchamentos nos remete a duas questões sérias. A primeira refere-se à não sanção cultural contra os linchadores, sendo que isso de certa forma os incentiva à prática de tais atos. Isso pode ser comparado com a tortura de presos, pois nela há uma sanção legal, mas boa parte da população não a sanciona moralmente, encorajando os policiais a praticarem tal arbitrariedade.

Outro ponto relevante do referido estudo é sobre o grande perigo que tem um linchamento de resultar na morte de um inocente. Se nem o culpado deve ser linchado, pois para ele devem ser reservadas as penas estabelecidas pela lei, imagine então o

²³⁴ MENANDRO, Paulo Rogério M.; SOUZA, Lídio. **Linchamentos no Brasil: a justiça que não tarda, mas falha**: Uma análise a partir dos dados obtidos através da imprensa escrita. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida, 1991. p. 22.

²³⁵ Ibidem, p. 16.

inocente. E num linchamento, ocorre uma convicção sumária contra alguém. E quando isso ocorre é fácil ao verdadeiro culpado escapar da punição, podendo até mesmo ele inventar algo que incrimine outra pessoa.

A lei penal não pode veicular qualquer tipo de pena, pois existem algumas vedações estabelecidas no nosso ordenamento constitucional e que estão previstas no art. 5º, XLVII, abaixo transcrito:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Este dispositivo mostra a opção clara do constituinte em barrar qualquer tipo de pena que não ajude a ressocialização daquela pessoa que tenha cometido um crime. No Inciso XLVI são previstas as penas que podem ser aplicadas e neste inciso que está sendo aqui comentado ocorre justamente o contrário, que são as penas que não podem existir.

No tocante à pena de morte a ser aplicada para o combate à criminalidade existem vários motivos para se afastar da mesma. Um delas é a crueldade da referida pena, sendo que Thomas Hobbes entende que o “desprezo ou pouca preocupação com a desgraça alheia é o que os homens chamam de crueldade”²³⁶. Entretanto, existe também a ineficiência da referida pena.

Existem os argumentos de natureza religiosa, principalmente o de que não é dado ao homem o direito de tirar a vida, ficando isso apenas com Deus. Embora o Brasil seja um estado laico e questões religiosas não podem ser invocadas para a defesa de uma posição jurídica, não há como negar que grande parte dos brasileiros possui uma religião e a mesma tem forte influência na cultura nacional.

²³⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (coleção Os pensadores). p. 37.

Outro grande fator contrário à pena de morte é que a mesma não reduziu a criminalidade nos países em que foi aplicada²³⁷. Na realidade não é bem a quantidade da pena que inibe ou incentiva uma pessoa de praticar um crime. Um fator importante que tem que ser considerado é a impunidade. As penas existentes atualmente no Brasil caso fossem efetivamente cumpridas seriam sim um fator de inibição da criminalidade.

Uma questão também a ser abordada é a falibilidade das decisões judiciais. Numa decisão comum caso se constate que a mesma foi errada ela poderá ser revertida sendo a vítima de erro judicial indenizada. Entretanto, num caso de pena de morte um erro judicial é irreversível e mesmo uma indenização paga à família do executado injustamente não compensará a morte de uma pessoa por maior que seja a quantia.

Também deve ser lembrado que depois da morte de uma pessoa é comum que suas faltas sejam perdoadas ou esquecidas, o que não é bom no aspecto pedagógico, pois o fator inibitório do crime será mínimo. Não há aqui nenhuma apologia a que a pena retornasse a incidir sobre a descendência do morto como no passado.

Outro fator que há de se ressaltar é que, no Brasil, os criminosos morrem muito cedo. Então, quem entra no crime de maneira contumaz costuma ter uma noção de que está entrando em uma vida em que o lema será “matar ou morrer”. Nos presídios é muito comum o assassinato de presos, que também ocorre quando os mesmos são libertados, e isso reduz em muito a vida média dos criminosos. A grande possibilidade de morrer não inibe os criminosos de praticar delitos.

Ao falar de pena de morte é importante relatar o que Cesare Beccaria escreveu há três séculos atrás:

Não é o grau intenso da pena que produz maior impressão sobre o espírito humano, mas sim sua extensão, pois a sensibilidade humana é mais facilmente e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas, do que por abalo intenso, mas efêmero. A fora do hábito é universal, em cada ser sensível, e, assim como o homem fala, anda e provê às suas próprias necessidades por seu intermédio, assim também as idéias

²³⁷ RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 105.

morais só se imprimem na mente por impressões duráveis e repetidas. Não é o terrível, mas passageiro, espetáculo da morte de um criminoso, mas sim o longo e sofrido exemplo de um homem privado da liberdade, e que, convertido em animal recompensa com a fadiga a sociedade que ofendeu, é que constitui o freio mais forte contra os delitos. A repetição para si mesmo, eficaz por seu insistente refrão, *eu mesmo serei reduzido a longa e mísera condição, se cometer semelhantes delitos*, é muito mais forte do que idéia da morte, que os homens vêem numa obscura distância.²³⁸

Essas palavras refletem o contrário do pensamento de um número significativo de pessoas. Para elas, a pena de morte aplicada em um criminoso violento seria um exemplo para evitar que outras pessoas praticassem crimes bárbaros. Na realidade “a pena de morte torna-se espetáculo para a maioria e objeto misto de compaixão e desdém para poucos, qualquer outro, no ânimo dos espectadores de um castigo, reservado mais para eles do que para o próprio réu”²³⁹.

E o referido autor também assevera:

A pena de morte também não é útil pelo exemplo de crueldade que oferece ao homem. Se as paixões ou as necessidades da guerra o ensinaram a derramar o sangue humano, as leis moderadoras da conduta do homem não deveriam aumentar jamais o feroz exemplo, tanto mais funesto quanto mais a morte jurídica é ministrada com estudo e com formalidade. Parece absurdo que as leis, expressão da vontade pública, que repelem e punem o homicídio, o cometam elas mesmas e que, para dissuadir os cidadãos do assassinato, ordenem o homicídio público. (...) ²⁴⁰

Norberto Bobbio também discorda da pena de morte e ressalta que as idéias de Beccaria provocaram a abolição oficial da mesma em alguns países, como foi o caso da França e da Rússia. Entretanto, entende que os argumentos de Beccaria são utilitaristas ao afirmar que a pena de morte não deve existir por não ser útil nem necessária²⁴¹. Na realidade, Bobbio é contra a pena de morte não por a mesma não ser útil e necessária, mas por entender que o Estado não tem direito de tirar a vida de alguém, sendo que ao indivíduo é até admissível tirar a vida de outrem desde que seja

²³⁸ BECCARIA, op. cit., p. 91-92., nota 216.

²³⁹ Ibidem, p. 92.

²⁴⁰ BECCARIA, op. cit., p. 94., nota 216.

²⁴¹ BOBBIO, op. cit., p. 169-170, nota 117.

na sua legítima defesa. Ele seria contra a pena de morte mesmo que fosse comprovado que a mesma fosse útil e necessária.

O Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria. O Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional. Também ele tem o dever de defender-se. Mas é muito mais forte do que o indivíduo singular e, por isso, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender. O Estado tem o privilégio e o benefício do monopólio da força. Deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio e desse benefício. Compreendo muito bem que é um raciocínio difícil, abstrato, que pode ser tachado de moralismo ingênuo, de pregação infantil. Mas busquemos dar uma razão para nossa repugnância frente à pena de morte. A razão é uma só: o mandamento de não matar²⁴².

Pelo que se percebe a pena de morte é abominável por diversos motivos, sendo que nos dias atuais ela não existe mais, pelo menos de maneira oficial, na Constituição do Brasil, exceto para situação de guerra externa declarada. Entretanto, a pena de morte é praticada ilegalmente inclusive por agentes do Estado, o que é gravíssimo e que será abordado no parágrafo seguinte.

A matança de “suspeitos” é algo muito comum praticado pela polícia, inclusive praticando julgamento sumário e executando imediatamente²⁴³. E o próprio policial acha que ele sabe quem é “vagabundo”²⁴⁴. Entretanto, a própria polícia não se dá conta que isso se volta contra ela mesmo, pois a vingança aumenta e muitos policiais acabam sendo assassinados. “O sangue é um veneno. Quanto mais se derrama, mais fertiliza o ódio. E a roda não pára de girar. No final, todos pagamos a conta, a começar pela sociedade”²⁴⁵.

Pelo que se depreende do parágrafo anterior há uma cultura no meio policial de enfrentamento por conta própria com o criminoso, numa atitude que mais busca a vingança do que propriamente a justiça, trabalhando inclusive com o assassinato de pessoas presas.

²⁴² Ibidem, p. 181-182.

²⁴³ SOARES, op. cit., p. 49, nota 223.

²⁴⁴ SOARES, op. cit., p. 77, nota 223.

²⁴⁵ Ibidem, p. 26-27

Hannah Arendt entende que não se deve utilizar a eliminação dos outros, como o caso das chacinas, para conquistar determinado poder, pois “ninguém governa os mortos”²⁴⁶. Ninguém ganha nada com a morte alheia, que pode ser até pior, pois alimenta o sentimento de vingança.

Até aqui foram listados vários direitos fundamentais dos presos e processados, sendo que três deles foram aprofundados, mas torna-se necessário levantar o que causa que os mesmos não sejam efetivos. Não é tarefa fácil identificar todas as causas da referida inefetividade, pois existem razões de natureza jurídica, política, cultural, social, econômica para que isso ocorra. Este trabalho analisa uma das causas dessa inefetividade que é a falta de cidadania, o que será abordado com mais propriedade no próximo capítulo.

4 A FALTA DE CIDADANIA E A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

4.1 O PRECONCEITO DA SOCIEDADE CONTRA OS PRESOS

O art. 144 da Carta Magna estabelece que a segurança pública é dever do Estado, sendo também direito e responsabilidade de todos. Não há dúvida que o poder estatal tem a preponderância no dever de preservar a segurança de todos, mas a sociedade tem uma parcela de responsabilidade. É incoerente, ao mesmo tempo, exigir segurança pública e ter atitudes que incentivam a violência tais como compra de produtos piratas, aquisição sem a nota fiscal, sonegação de tributos etc.

Uma prática nociva é o preconceito contra os detentos e ex-detentos, pois ela dificulta a sua ressocialização, já que a sociedade praticamente obsta o seu retorno ao convívio social inclusive ao mercado de trabalho, sendo isso um incentivo à reincidência criminal.

²⁴⁶ ARENDT, op. cit., p.213, nota 4.

Além disso, uma pessoa presa já perdeu, mesmo que transitoriamente, um direito que é o da liberdade, não podendo perder os demais e isso é algo que tem que ser compreendido pela sociedade.

A finalidade precípua da pena privativa de liberdade é a ressocialização através de tratamento penitenciário específico. O objetivo de reintegrar o preso na sociedade fundamenta a tese de que ele continua sendo membro da comunidade. A pena a que ele foi condenado decorre da transgressão à lei penal. Por este motivo é afastado, por tempo determinado, da vida comunitária. Porém não perde todos os direitos que se beneficia o cidadão.²⁴⁷

A prisão resulta na perda, mesmo que temporária, de um dos maiores bens que uma pessoa possui que é a sua própria liberdade. A perda da liberdade já é, de certa forma, um “castigo”, uma retribuição que a pessoa recebe por ter cometido um crime, mas não deve resultar na perda dos demais direitos que uma pessoa humana deva ter nem da exclusão total dessa pessoa da sociedade, pois a finalidade da pena é promover a sua ressocialização, o que somente ocorre se houver apoio da sociedade, principalmente se a mesma não tratar de maneira preconceituosa o preso ou o ex-presos.

Existem diferenças entre as pessoas, mas elas não podem levar ao preconceito. Hannah Arendt aborda sobre a possibilidade de ocorrerem diferenças entre as pessoas, isto é, de haver pluralidade humana. A referida autora assim se posiciona:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas.²⁴⁸

As pessoas são diferentes nas suas idéias, na sua estrutura física, no seu comportamento etc. Respeitar a pluralidade é uma forma de conviver em sociedade

²⁴⁷ FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKINK, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 84.

²⁴⁸ ARENDT, op. cit., p. 188, nota 4.

com menos violência entre as pessoas. Mas a possibilidade de ocorrerem diferenças entre as pessoas não é justificativa para a existência do preconceito de uns contra os outros. O preconceito é uma violência contra a capacidade de pensar, de analisar, de debater uma situação. Com a disseminação exagerada de preconceitos, as pessoas ficam sem condições de discernir de maneira racional o que é bom, o que é ruim, o que é razoável.

A mesma autora até admite a possibilidade de uma pessoa possuir, dentro de alguns limites, preconceitos, isto é, de ter algumas idéias preconcebidas, não sendo totalmente ruim a sua existência, “pois nenhum homem pode viver sem preconceitos, não apenas porque não teria inteligência ou conhecimento suficiente para julgar de novo tudo que exigisse um juízo seu no decorrer de sua vida, mas sim porque tal falta de preconceito requereria um estado de alerta sobre-humano”²⁴⁹.

Hannah Arendt não está advogando aqui que uma pessoa deva ter preconceitos pura e simplesmente no sentido pejorativo da palavra. Ela apenas admite que uma pessoa deva ter algumas idéias pré-concebidas para balizar as suas atitudes, mas nunca com o intuito discriminatório.

O preconceito, na sua acepção pejorativa que pode resultar em discriminação, também está relacionado com a intolerância, como afirma Aroldo Luiz Morais:

(...) A palavra *preconceito* indica intolerância ou aversão a outras raças, credos, religiões, sexo e outras formas. Identificada a palavra, podemos conceituar *preconceito* como sendo o ato deliberado, voluntário, injustificado, praticado em obediência a um impulso ditado, exclusivamente pela razão do discriminante que, incitado, manifesta e atinge o seu desejo firme e sem constrangimento, de produzir um resultado que impõe ao discriminado uma diminuição à sua pessoa por intolerância à raça, à religião, à cor, à etnia, à origem, a preferências sexuais e princípios. (...) ²⁵⁰

²⁴⁹ ARENDT, Hanna. **O que é política**: fragmentos das obras póstumas compiladas por Ursula Ludz. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 29.

²⁵⁰ MORAIS, Aroldo Luis. Reflexão histórica e atual sobre o preconceito, sua permanência e (in)tolerância no mundo globalizado. **Revista de Ciências Jurídicas – Universidade Estadual de Maringá**, Maringá, v.1, n.1, p. 99/107, Jul/Dez 2003. p. 100.

A intolerância é algo que pode ocasionar seqüelas de difícil solução nas relações sociais, o que não é desejável e pode atrapalhar o processo de construção da paz social. E como a mesma é relacionada com o preconceito é relevante o estudo deste, justamente para a busca da origem do referido problema.

Dentro de uma perspectiva transdisciplinar pode-se utilizar para análise deste tópico a psicologia social que é um ramo do conhecimento que também estuda sobre preconceito, estereótipos e discriminação, inclusive diferenciando-os e isso pode ser observado na obra de Aroldo Rodrigues, Eveline Assmar e Bernardo Jablonski.²⁵¹

Para os referidos autores, “na base do preconceito estão as crenças sobre características pessoais que atribuímos a indivíduos ou grupos, chamadas de *estereótipos*”, sendo que “os psicólogos sociais contemporâneos identificam o estereótipo como a base cognitiva do preconceito”²⁵². Não necessariamente o estereótipo imaginado sobre uma pessoa ou sobre um grupo será ruim, pois ele é de certa forma um meio de simplificar a visão que as pessoas têm do mundo, evitando o uso de muitas palavras para descrever determinada situação, pessoa ou grupo.²⁵³

Estereótipos, pois, podem ser corretos ou incorretos. E, também, positivos, neutros ou negativos. O fato de, num primeiro momento, facilitarem suas reações frente ao mundo esconde a realidade de que, na maioria das vezes, estereotipar pode levar a generalizações incorretas e indevidas, principalmente quando você não consegue “ver” um indivíduo com suas idiossincrasias e traços pessoais, por trás do véu aglutinador do estereótipo.²⁵⁴

Pelo que se percebe o estereótipo não é algo ruim por si só, pois ele pode representar algo bom de alguém. Entretanto, o problema é quando se atribuem aspectos negativos a uma pessoa e de maneira exacerbada, como ocorre com os presos, pois os mesmos cometeram crimes. Além disso, há o problema da generalização indevida como, por exemplo, pensar que todos os presos cometeram crimes hediondos, acirrando a

²⁵¹ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 147-176.

²⁵² RODRIGUES, op. cit., p. 150, nota 251.

²⁵³ Ibidem, p. 150-151.

²⁵⁴ Ibidem, p. 153.

exclusão social dos mesmos. E mesmo os presos que cometeram crimes hediondos devem ter os seus direitos fundamentais respeitados.

Existe também o processo de rotulação que é semelhante à estereotipação. Quando um rótulo é atribuído a uma pessoa, os demais tendem a vê-la com o comportamento com a qual foi rotulada, mesmo que seja bem diferente na prática²⁵⁵. “Tal tendência, embora comum, é perigosa e pode levar a injustiças e erros de julgamentos graves”²⁵⁶.

Se o estereótipo é a sua base cognitiva, os sentimentos negativos em relação a um grupo constituiriam o componente afetivo do preconceito, e as ações, o componente comportamental. Em sua essência, o preconceito é uma atitude: uma pessoa preconceituosa pode desgostar de pessoas de certos grupos e comportar-se de maneira ofensiva para com eles, baseado em uma crença segundo a qual possuem características negativas.²⁵⁷

Pelo que foi até aqui exposto o preconceito é formado por uma base cognitiva que é o estereótipo e uma essência que é a atitude de desgostar de certas pessoas ou grupos. Até aqui, o preconceito é visto como algo mais do interior da pessoa, que ainda não causa diretamente repercussões no mundo exterior, sendo que não é punível o simples fato de alguém não gostar de outra pessoa ou de um grupo por algum motivo. Não é possível obrigar que as pessoas gostem ou desgostem de algo ou de alguém. É possível sim favorecer uma sensibilização das pessoas através de programas educacionais convencendo-as sobre a igualdade entre as pessoas, sobre a importância da inclusão social etc.

Entretanto, além da base cognitiva e da essência do preconceito existe uma parte comportamental do mesmo que é a discriminação.

Quando estamos nos referindo à esfera do comportamento (expressões verbais hostis, condutas agressivas etc.), fazemos uso do termo discriminação. Neste caso, sentimentos hostis somados a crenças estereotipadas deságuam numa atuação que pode variar de um tratamento diferenciado a expressões verbais de desprezo e a atos manifestos de agressividade.²⁵⁸

²⁵⁵ Ibidem, p. 154-155.

²⁵⁶ Ibidem, p. 155.

²⁵⁷ Ibidem, p. 162.

²⁵⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 162, nota 251.

Essa parte comportamental do preconceito que é a discriminação é aquela que acaba sendo externada e causa prejuízos aos discriminados. As atitudes discriminatórias podem ser punidas, seja por medidas de ordem penal ou de ordem civil, dependendo do que estiver prescrito em lei.

No tocante aos presos, a discriminação já começa em quem é preso, pois se consegue punir mais quem está no patamar mais baixo da pirâmide social. Raramente os crimes de sonegação e desfalques são punidos, sendo mais fácil punir assaltantes e batedores de carteira²⁵⁹.

Além disso, no que diz respeito aos crimes “do colarinho branco”, a vigilância do público é na melhor das hipóteses errática e esporádica; na pior, simplesmente inexistente. É preciso uma fraude realmente espetacular, uma fraude com um “toque humano”, cujas vítimas – pensionistas ou pequenos poupadores – possam ser pessoalmente nomeadas (e mesmo aí é preciso, além disso, todo o talento imaginativo e persuasivo de um pequeno exército de jornalistas da imprensa popular) para despertar e conservar a atenção do público por mais de um ou dois dias. O que se passa durante os julgamentos de fraudadores de alto nível desafia as capacidades intelectuais do leitor comum de jornais e, ademais, é abominavelmente carente do drama que faz dos julgamentos de simples ladrões e assassinos um espetáculo tão fascinante.²⁶⁰

E essa facilidade de punição para os mais pobres é também explicada pela maior dificuldade de acesso dos mesmos à justiça bem como a não efetivação dos direitos sociais, assuntos que ainda serão objeto de análise do presente trabalho. De qualquer maneira, essa divulgação massiva feita pela mídia dos crimes cometidos por pessoas pobres acaba facilitando a sua condenação, mesmo que alguns sejam inocentes ou mesmo que culpados tenham direito a algum atenuante na pena.

O crime passa a ser identificado como algo feito por pessoas “desclassificadas” o que resulta na criminalização da pobreza. Além disso, os presos são rejeitados e excluídos, o que os humilha e facilita que os mesmos aceitem que são imperfeitos e inferiores

²⁵⁹ BAUMAN, op. cit., p. 132, nota 193.

²⁶⁰ BAUMAN, op. cit., p. 132-133, nota 193.

socialmente. Mas eles erguem uma defesa como último recurso: “rejeitar os que rejeitam”²⁶¹.

Isto não quer dizer que não haja outras causas de crimes nem verdadeiros criminosos; significa, porém, que a rejeição/exclusão praticada através do sistema penal é parte integrante da produção social do crime e que sua influência não pode ser claramente separada das estatísticas gerais de incidência criminal. Também significa que outrora as prisões foram identificadas como vertedouros, sobretudo para elementos de classe baixa ou “desclassificados” – naturalmente se espera que nas camadas “inferiores” da sociedade sejam mais acentuados os efeitos autoperpetuadores e confirmadores e assim “mais evidente” a criminalidade.²⁶²

A consciência de que a discriminação contra os presos aumenta o seu potencial de reincidência no crime é algo que deveria ser fomentado nas pessoas que compõem a sociedade como um todo. Os presos humilhados acabam aceitando que são inferiores em relação aos seres humanos como um todo, mas isso não inibe a sua propensão para o crime, ao contrário, acentua. Um ex-presidiário sem emprego, sem aceitação social terá praticamente um único caminho a trilhar: continuar no mundo do crime e com maior intensidade.

Michel Foucault também abordou sobre o aumento da reincidência criminal ocorrida após o cumprimento da pena de prisão. Para o referido autor, “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta”²⁶³.

O referido autor não chegou a essa conclusão apenas a partir de uma mera idéia ou a uma simples conjectura. Ele analisou a história da violência das prisões para chegar a essa e a outras constatações. Isso contrasta em muito com o imaginário popular que pensa que a solução para a criminalidade é a repressão pura e simples.

²⁶¹ Ibidem, p.134-135.

²⁶² Ibidem, p. 135.

²⁶³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 221.

Michel Foucault também aborda sobre o papel do noticiário policial, no tocante à influência do mesmo sobre a opinião das pessoas sobre os presos.

(...) A notícia policial, por sua redundância cotidiana, torna aceitável o conjunto de controles judiciais e policiais que vigiam a sociedade; conta dia a dia uma espécie de batalha interna contra o inimigo sem rosto; nessa guerra, constitui o boletim cotidiano de alarme ou de vitória. O romance de crime, que começa a se desenvolver nos folhetins e na literatura barata, assume um papel aparentemente contrário. Tem por função principalmente mostrar que o delinqüente pertence a um mundo inteiramente diverso, sem relação com a existência cotidiana e familiar.²⁶⁴

Boaventura de Sousa Santos chega a falar na existência de um *apartheid social*, que segrega a vida urbana dividindo o território em zonas selvagens e zonas civilizadas. Nas zonas selvagens, em que as pessoas vivem numa situação sem contrato social, o Estado não cumpre o seu papel. Nas zonas civilizadas, em que as pessoas se encastelam para se proteger de quem está nas zonas selvagens, o Estado age democraticamente mesmo que de forma precária²⁶⁵. De certa forma o criminoso é visto como alguém vindo das zonas consideradas selvagens.

Há realmente uma tendência muito forte das pessoas em reconhecer o criminoso como alguém pertencente a outra espécie e que portanto não merece ter direitos, sendo que isso é realmente acentuado pelo noticiário policial que, na ânsia de conseguir audiência, dramatiza as situações e na maioria das vezes de uma maneira discriminatória. O que se esquece de ser dito é que ninguém nasce bandido, sendo que qualquer pessoa pode ser acusada de cometer um crime, mas deve merecer um julgamento justo e caso seja presa deva ser tratada com dignidade.

Alguns jornais chegam a fazer campanha contra o trabalho penal, contra o “conforto das prisões”, pela reserva aos detentos de trabalhos mais duros, contra o interesse que a filantropia²⁶⁶ dedica aos criminosos²⁶⁷.

²⁶⁴ Ibidem, p. 237.

²⁶⁵ SANTOS, op. cit., p. 334, nota 105.

²⁶⁶ A crítica à filantropia que apoiava os criminosos na época em Foucault escreveu o livro *Vigiar e Punir* é semelhante à crítica atual que é feita contra os grupos de defesa dos direitos humanos, pois os mesmos defendem os presos.

Essas notícias e campanhas influenciam na opinião pública, acentuando o preconceito das pessoas contra os presos e dificultando a defesa dos seus direitos, chegando até a incentivar um sentimento de ódio e vingança, que pode até gerar mais violência. Isso também decorre de um preconceito existente por quem é de classe alta contra quem é das camadas consideradas inferiores da sociedade.

(...) as opiniões dos homens sobre o que é louvável ou condenável são afetadas por todas as causas multivariadas que influenciam os seus desejos em relação à conduta dos outros e que são tão numerosas quanto aqueles que determinam seus desejos sobre qualquer outro assunto. Algumas vezes sua razão outras vezes seus preconceitos ou superstições: freqüentemente suas preferências sociais, não raro suas preferências anti-sociais, sua inveja ou ciúme, sua arrogância ou desdém; mas, o mais comumente, seus desejos ou receios por si próprios – seu legítimo ou ilegítimo auto-interesse. Onde quer que haja uma classe ascendente, uma grande parcela da moralidade do país emana de seus interesses de classe e de seus sentimentos de superioridade de classe. (...) ²⁶⁸

Mas o preconceito não existe somente contra os presos, ele existe também contra os policiais, que são fundamentais no processo de enfrentamento da criminalidade bem como também no respeito aos direitos humanos das pessoas presas. Mas os policiais não podem ser simplesmente atacados pelos grupos de defesa dos direitos humanos, como se os referidos profissionais fossem responsáveis por todas as mazelas do sistema.

Mas um caminho necessário aponta no sentido que os policiais voltem a gozar de prestígio e respeito junto à comunidade, pelo bem que fazem e podem fazer, e deixem de ser temidos pelo mal que podem causar. É preciso treinamento, capacitação, política salarial justa, acompanhamento psicológico, para que os policiais possam estar à altura das elevadas funções que lhe são confiadas. ²⁶⁹

Existe um grande número de policiais envolvidos em crimes inclusive em violações de direitos fundamentais dos presos. Entretanto, isso não quer dizer que todos os policiais

²⁶⁷ FOUCAULT, op. cit., p. 238, nota 263.

²⁶⁸ BALBACHEVSKY, Elizabeth. Stuart Mill: liberdade e representação. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 9. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 204.

²⁶⁹ MAIA, Luciano Mariz. Tortura no Brasil: a banalidade do mal. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). **Direitos humanos, os desafios do século XXI**: uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 201.

praticuem os referidos crimes e abusem dos direitos fundamentais dos presos. Não se pode simplesmente impingir uma rotulação aos policiais, o que se tem que fazer é um processo melhor de formação dos mesmos, bem como a punição aos transgressores.

Pelo que se demonstra aqui, a cidadania também deve ser garantida aos policiais, pois as condições em que trabalham e em que vivem não são dignas, o que favorece as práticas ilegais e abusivas. Incitar um sentimento de ódio e discriminação contra os policiais não garante resultado positivo em favor da cidadania. Muito pelo contrário, pois isso pode exacerbar o sentimento de vingança dos mesmos contra os presos.

Voltando à questão do preconceito contra os presos não há uma fórmula mágica para estancá-lo. Nem mesmo o direito penal consegue punir simplesmente o fato de alguém ter preconceito, caso a pessoa não tome nenhuma atitude concreta de discriminação. Além disso, não há uma tipificação de crime de discriminação contra os presos, assim como há no caso de discriminação racial, nos termos da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, com modificações posteriores.

O legislador utilizou os termos “prática de racismo”, “preconceito” e “discriminação”, sendo que apenas para as condutas discriminatórias é cabível a utilização do Direito Penal.

Em relação ao racismo e ao preconceito cabem medidas persuasivas e não punitivas, uma vez que o primeiro é uma ideologia, e o segundo é uma atitude interna dos seres humanos.²⁷⁰

De qualquer modo, o combate à discriminação racial também pode resultar na efetividade dos direitos dos presos, pois os mesmos são em sua maioria resultante de classes discriminadas. Já no tocante ao trabalho que deve ser feito para cessar ou pelo menos reduzir o preconceito que eles sofrem, não adianta simplesmente a lei proibir a existência de um sentimento preconceituoso nas pessoas. Torna-se necessário também um trabalho de conscientização, que pode ser alcançado com a educação em direitos humanos.

²⁷⁰ SILVA, Katia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 115.

(...) o aspecto objetivo de uma legislação que garante os direitos humanos precisa ser complementado pelo aspecto subjetivo, uma educação para os direitos humanos, de modo a torná-los um consenso cultural enraizado no sentir, no pensar e no agir das pessoas. Essa educação deve priorizar, sobretudo aquelas pessoas que têm, por dever profissional, o papel de aplicarem as leis que asseguram pleno respeito aos direitos humanos.²⁷¹

A partir de uma prática pedagógica que envolva o diálogo, é possível sim fazer um trabalho para convencer as pessoas da importância do respeito aos direitos humanos. Isso não quer dizer simplesmente que deva haver uma disciplina com o nome direitos humanos em todas as escolas. O importante que em todo o processo educativo, seja aquele feito de maneira formal pelos cursos regulares ou a educação informal realizadas pelas mais diversas organizações, a temática de direitos humanos, inclusive sobre a eliminação do preconceito, esteja presente.

²⁷¹ BETTO, Frei. Educação em direitos humanos. In: ALENCAR, Chico (org.). **Direitos mais humanos**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 50.

4.2 A FALTA DA EFETIVAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP)

Não cumpre a sua finalidade uma norma jurídica que seja válida e vigente, mas que não seja aplicada, sendo que isso representa um problema de efetivação e que inclusive já foi abordado no item 2.4 deste trabalho. De qualquer maneira é relevante lembrarmos da lição de Miguel Reale que assevera o seguinte:

O Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser *formalmente válida e socialmente eficaz*.²⁷²
(REALE, 2005, p. 113)

Existe a previsão no art. 5º, § 1º da CF de que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso quer dizer que não é preciso legislação infraconstitucional para que os referidos direitos sejam efetivados. Entretanto, em muitos casos, a legislação infraconstitucional pode facilitar a referida efetivação, pois cria condições para que isso ocorra, além de, por exemplo, cominar penalidades aos que não as cumprirem. Nesses casos, a própria efetivação da lei infraconstitucional ajuda na efetivação de uma norma da Constituição.

No caso dos direitos fundamentais dos presos é imperioso que ocorra a efetivação do previsto na Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que é a Lei de Execução Penal (LEP). A referida lei não trata somente da pena de prisão. Cuida desde as penas restritivas de direito, que é uma forma mais branda de cumprimento da pena até o regime disciplinar diferenciado (RDD) que é a forma mais severa de cumprimento de uma pena admitida no ordenamento jurídico pátrio. Trata das condições mínimas do sistema prisional para que o preso tenha os seus direitos fundamentais respeitados bem como tenha condições de ser ressocializado. Entretanto, mesmo com todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como o que está previsto na LEP, há um desrespeito aos direitos do preso, sendo um dos exemplos disso a prática da tortura.

²⁷² REALE, op. cit., p. 113, nota 146.

A tortura é uma prática constante nas prisões brasileiras. Durante a ditadura militar atingia aos presos políticos que eram perseguidos por delitos de opinião, agora atinge a pessoas pobres e sem influência econômica, social ou política. Essa prática, utilizada em regra para que confissões sejam obtidas, vem sendo denunciada por organizações internacionais dos direitos humanos²⁷³.

Há uma cultura de exigir segurança de qualquer forma. Maria Vitória Benevides lembra que “o direito a segurança não pode ser usado para justificar abuso de poder da polícia (como a tortura, os tiroteios com mortes nunca bem explicadas, á extorsão das famílias) ou de particulares contra suspeitos de qualquer crime”²⁷⁴. Nem o poder público e muito menos o particular podem, em nome da segurança pública praticarem abusos contra os direitos das pessoas.

A prática da tortura pode ser evitada desde que alguns direitos dos presos sejam também respeitados. Exemplo disso é a apresentação imediata do preso à autoridade judicial, sendo que a Constituição Federal de 1988 garante essa a comunicação da prisão e do local onde se encontre não somente ao juiz mas também à sua família ou pessoa por ele indicada, nos termos do art. 5º LXII. Além disso, a apresentação ao juiz é também garantida pela *Convenção Americana de Direitos Humanos* de 1969, também chamada de *Pacto de San José da Costa Rica*, assinada e ratificada pelo Brasil²⁷⁵.

O fato é que, inobstante o Pacto dos Direitos e Políticos já estar em vigor há mais de 8 anos, permanece desconhecido e desrespeitado. Os delegados desconhecem seu dever de apresentar. Os juizes desconhecem seu dever de agir. Os promotores desconhecem seu dever de fiscalizar. Os advogados desconhecem seu dever de peticionar.

Entretanto, esse direito fundamental de cada cidadão preso, que se constitui dever de cada autoridade policial é dos mais fáceis de ser respeitado. Para desincumbir-se desse dever, basta cada delegado chegar à presença do juiz com o preso ou o detido e dizer simplesmente: eis o homem²⁷⁶.

²⁷³ MAIA, op. cit., p. 168, nota 269.

²⁷⁴ BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In: SILVEIRA, Maria Godoy at all (org). **Educação em direitos humanos**: fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa: Universitária, 2007. p. 338.

²⁷⁵ MAIA, op. cit., p. 188-189, nota 269.

²⁷⁶ Ibidem, p. 190.

Pelo que se percebe, há um problema no fato de boa parte das autoridades que cuidam, desde o inquérito policial até a execução da pena, dos presos não rechaçarem a tortura, sendo que alguns a praticam ou no mínimo são coniventes com ela. E o que se demonstra na citação anteriormente feita é que não é algo complexo para as autoridades que cuidam dos presos não torturar ou não ser conivente com ela.

Outro direito que é pouco respeitado é a individualização da pena, pois “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)” conforme previsão expressa do art. 5º XLV da CF.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto²⁷⁷.

A individualização da pena é algo que deveria ser observado nas prisões brasileiras. Ela inicia na própria fixação da pena pelo juiz que, por exemplo, se um dos co-réus tiver um atenuante e o outro não ele deverá aplicar sim a atenuante para quem tem direito. Ela também deve existir na própria execução penal, sendo que um de seus mecanismos é a separação dos presos por tipo de delito, bem como os condenados dos provisórios. A não individualização da pena pode resultar numa condenação injusta no julgamento bem como na dificuldade de ressocialização durante a execução penal, pois o contato fácil e indiscriminado com outros presos poderá incentivar o preso a cometer novos crimes.

Outro ponto a ser ressaltado na LEP e que pode ajudar na garantia dos direitos fundamentais dos presos é que a mesma proporciona a participação da sociedade na execução penal em vários dos seus dispositivos. Raimundo Oliveira elenca várias partes da LEP em que a sociedade pode participar da execução penal, de forma direta ou indireta.

²⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2004. p.31-32.

Efetivamente, em vários momentos, a LEP busca a participação dos diversos segmentos da sociedade, como por exemplo:

- na instalação do Conselho de Comunidade (art. 80 da LEP);
- na criação do Patronato Particular (art. 78 da LEP);
- na assistência à saúde do preso (art. 14, § 2º da LEP);
- no convênio com entidades particulares para atividades educacionais (art. 20 da LEP);
- na assistência religiosa (art. 24 da LEP);
- na assistência jurídica (art. 15 da LEP);
- na atribuição do trabalho ao preso (art. 36 da LEP).²⁷⁸

Sem dúvida, o preconceito da sociedade contra os detentos, já comentado no item 4.1, desestimula a participação das pessoas nas inúmeras possibilidades ressocializadoras que a Lei de Execuções Penais permite e que vão contribuir no futuro com a própria sociedade que ainda não enxerga claramente que a ressocialização²⁷⁹ reduz a criminalidade em benefício de todos.

O essencial é saber organizar a conjunção inteligente da função jurisdicional e da Administração Pública com a iniciativa privada, em condições de dar à execução penal o caráter de formação da cidadania, capaz de fundamentar a dignidade da pessoa presa, como ente apto a prover sua subsistência com autonomia e criatividade.²⁸⁰

As penas restritivas de direitos (alternativas ou resultantes de transação penal) ajudam a desafogar o sistema carcerário, mas muitas vezes não são aplicadas, pois as pessoas têm medo de que isso possa resultar em impunidade.

Urge mostrar, suficientemente, à opinião pública que alternativa à prisão não se trata de estímulo à impunidade, porém de modelo substitutivo de punição, galgado na pedagogia da reinserção social do delinqüente ante a expectativa real de diminutas possibilidades de iniciação à reincidência.²⁸¹

A falta de efetivação da LEP também está relacionada com as limitações de ordem financeira, pois no Brasil existe uma grande população carcerária, além de inúmeros mandados de prisão para serem cumpridos. É claro que isso não pode ser utilizado

²⁷⁸ OLIVEIRA, Raimundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 204-205.

²⁷⁹ O termo técnico utilizado é de ressocialização dos presos. Entretanto, seria mais coerente utilizar a palavra socialização, pois muitos deles viviam em condições sociais deprimentes antes de serem presos, sendo, então, utópico ressocializar o que não era socializado.

²⁸⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 206, nota 278.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 292.

apenas como desculpa, mas realmente existem limitações financeiras, já que o Poder Público precisa atender a outros setores até mais importantes, tais como saúde e educação.

No Brasil ocorreu nos últimos anos um aumento vertiginoso da população carcerária, não tendo o correspondente aumento do número de vagas no sistema prisional, resultando em um *déficit* de vagas enorme. Em meados da década de 1990 o Brasil tinha uma população carcerária de 148.000. Em dezembro de 2003 este número chegou a 308.000. E esse aumento foi além do percentual de crescimento da população, já que no referido período aumentou em 84% o número de presos por 100.000 habitantes. Comparando com outros países das Américas O Brasil tem 187,7 presos para cada 100.000 habitantes sendo o maior em relação aos demais países das Américas somente perdendo para os Estados Unidos que tem 740 presos para cada 100.000 habitantes²⁸².

No Estado do Espírito Santo a situação não é diferente. Exemplo disso é que no ano de 2005 existiam no referido Estado 7.054 presos para apenas 4.632 vagas, além de outros problemas como é o caso de presos recolhidos em delegacias de polícia, que não é local adequado para isso²⁸³.

E o problema da superlotação carcerária é também de ordem mundial. Zygmunt Bauman comenta a situação de um país considerado desenvolvido em termos econômicos e sociais que é a Inglaterra, cujos delitos e conseqüentemente a população carcerária tem crescido em números significativos a partir da década de 1980:

Durante os últimos vinte e cinco anos, a população de encarcerados e de todos os que obtêm a sua subsistência da indústria carcerária – a polícia, os advogados, os fornecedores de equipamento carcerário – tem crescido constantemente. O mesmo ocorreu com a população de ociosos – exonerados, abandonados, excluídos da vida econômica e social. Conseqüentemente, como seria previsível, aumentou o sentimento popular de insegurança:

²⁸² LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. 2006, 220 p. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006, p. 34.

²⁸³ *Ibidem*, p. 36.

atualmente, 85% da população da Grã-Bretanha acham que, há 30 anos, era seguro caminhar pelas ruas à noite, mas 95% acham que, hoje em dia, não é seguro²⁸⁴.

Esse aumento significativo de encarceramento ocorre de forma intensa também em outros países como é o caso dos EUA e da Rússia. Até mesmo em países como a Noruega, que é um país conhecido por ser reticente em recorrer à pena de prisão, houve crescimento significativo da população carcerária, fato também registrado na Holanda²⁸⁵.

E esse quadro em que se alia superlotação prisional e a ausência dos direitos humanos fundamentais dos presos, causa outro problema que é a criminalidade organizada. Segundo Michel Foucault, “A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras”²⁸⁶. O que foi previsto por Foucault ocorre atualmente de maneira corriqueira, sendo formado um verdadeiro poder paralelo dentro do cárcere.

Sob esse prisma, há de se assinalar haver um código normativo extremamente rígido nos presídios. As condutas dos apenados são balizadas por valores sociais, éticos e morais alheios à alçada da justiça oficial. Funcionam, ademais, como uma normatividade independente das leis jurídicas. (...).²⁸⁷

Uma pessoa recolhida no sistema prisional não tem praticamente nenhuma proteção do Estado ficando sujeita à tutela da “lei do mais forte”. Isso atrapalha qualquer tentativa de ressocialização, pois a tendência será a pessoa cometer mais crimes para conseguir “sobreviver” dentro do ambiente carcerário.

²⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR, 1998. p. 49.

²⁸⁵ BAUMAN, op. cit., p. 123, nota 193.

²⁸⁶ FOUCAULT, op. cit., p. 222, nota 263.

²⁸⁷ BARBATO JR., Roberto. **Direito informal e criminalidade**: os códigos do cárcere e do tráfico. Campinas: Millennium, 2007. p. 51.

E essa situação não é restrita aos presídios, pois existe o “poder paralelo” em outros ambientes como é o caso do narcotráfico, além dos grupos de extermínio, das fazendas com trabalho escravo, e que provocam várias violações de direitos²⁸⁸.

A extensão e sistematicidade dessas violações demonstram a fragilidade de nosso Estado enquanto monopolizador da violência e garantidor de direitos. Estas violações, quando tomadas em conjunto, permitem a afirmação de que, para largas parcelas da população, não existe um autêntico estado de direito, mas sim uma situação ambígua, em que lei e arbítrio, direito e exceção se entrelaçam numa simbiose que parece estruturar o Estado e a sociedade brasileira.²⁸⁹

No tocante ao sistema prisional, não há dúvida de que a efetivação da Lei de Execução Penal é uma tarefa urgente, para minimizar os problemas no sistema carcerário e garantir um mínimo de direitos aos presos, bem como a sociedade como um todo, pois é para onde os detentos irão voltar após o cumprimento da pena.

4.3 A FALTA DE ACESSO À JUSTIÇA

Ao falar de acesso à justiça o senso comum indica que o mesmo é o acesso aos fóruns e tribunais, que fazem parte do Poder Judiciário, para que direitos sejam assegurados bem como deveres sejam exigidos. A percepção do senso comum não está equivocada, mas o acesso à justiça não é somente isso²⁹⁰.

Essa percepção de grande parte das pessoas de que o acesso à justiça seria basicamente o acesso ao Poder Judiciário não é totalmente equivocada, pois realmente o referido poder tem o condão de garantir direitos do cidadão não respeitados pelo poder público ou pelo setor privado. O que ocorre é que o acesso à justiça não se resume à entrada de uma petição inicial, pois existe o direito a um julgamento justo, à celeridade processual, dentre outras questões que serão tratadas a seguir.

²⁸⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do estado de direito no Brasil. In: GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia. **Direito, cidadania e justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: RT, 1995. p. 193.

²⁸⁹ Ibidem, p. 193.

²⁹⁰ CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: EdUFMT, 2002. p. 49.

O tema acesso à justiça foi exaustivamente trabalhado por Mauro Cappelletti, que em sua obra conjunta com Bryant Garth, entende que

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve se igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (...) ²⁹¹.

Os referidos autores falam inclusive das três ondas do acesso à justiça. A primeira onda foi a assistência judiciária para os pobres, em que o Estado passou a pagar advogados para atender as demandas das pessoas que não tinham recursos para contratar um ²⁹². Já a segunda onda foi no sentido do acesso à justiça para a defesa de interesses difusos, o que levou a uma modernização do processo civil, até então limitado ao debate entre duas partes ²⁹³. A terceira onda representou uma concepção mais ampla de acesso à justiça, indo além do focado nas ondas anteriores, enxergando os seus limites, sendo que “ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” ²⁹⁴.

Kim Economides identifica a possibilidade de uma quarta onda de acesso à justiça que seria o acesso dos operadores do direito à justiça, discutindo as dimensões ética e política do acesso à justiça, Isso é necessário, pois “a experiência cotidiana dos advogados e a proximidade da Justiça cegam a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social) e, conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica” ²⁹⁵.

²⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabriz Editor, 1988. p. 8.

²⁹² Ibidem, p. 31-33.

²⁹³ Ibidem, p. 49.

²⁹⁴ Ibidem, p. 67-68.

²⁹⁵ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves at all (org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 72.

De qualquer maneira, as três ou quatro ondas não representam situações estanques e separadas, pois uma complementa a outra. Em alguns momentos é necessária a assistência jurídica individual, em outros casos uma demanda coletiva é possível e ela substitui várias demandas individuais o que facilita o trabalho do poder judiciário. Também tendo instituições modernas tanto no aspecto estrutural quanto de pessoal, facilitará em muito o trâmite dos diversos tipos de ações, sendo as mesmas individuais ou coletivas. E tudo isso não funciona caso os operadores do direito, sejam eles advogados, promotores e magistrados não tenham uma conduta ética e sensível às questões sociais.

No tocante aos presos, um dos principais pontos para assegurar o acesso à justiça é o preso ter acesso ao advogado, para tentar a garantia seja dos direitos básicos em sua situação de encarcerado e também para conseguir um julgamento justo.

O direito a um julgamento justo é corolário de toda sociedade democrática. E para que possa ser justo um julgamento, há necessidade de a parte ser assistida por advogado, que tem habilitação técnica para promover a defesa dos seus direitos e interesses, perante órgãos administrativos e judiciais.²⁹⁶

A Constituição de 1988 assegurou, pelo menos no plano do direito positivo, esse direito nos incisos LXIII e LXXIV do art. 5º, pois estabeleceu o direito do preso ter assistência de advogado bem como criou a obrigação do Estado de prestar assistência jurídica integral aos que não tiverem recursos para contratar um advogado particular. Além disso, a Lei 8.906/94 que é o Estatuto da OAB determina, no seu art. 2º § 4º, que nos juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios existam salas especiais permanentes destinadas ao uso dos advogados²⁹⁷.

O fato de estar positivado no texto constitucional não garante automaticamente que determinado direito está efetivado, mas de qualquer maneira possibilita que o poder público seja cobrado para que proporcione a advocacia gratuita a todos que dela comprovadamente precisarem.

²⁹⁶ MAIA, op. cit., p. 192, nota 269.

²⁹⁷ Ibidem, p. 193-194

A presença de um advogado, no momento da prisão, ou logo após esta, pode significar a materialização de todos os direitos e garantias estabelecidos na Constituição, nas Convenções internacionais, e nas leis nacionais, ou, em caso de violação, pode significar a denúncia de tais violações e a luta pela reparação.²⁹⁸

Sem dúvida nenhuma a presença do advogado é algo essencial para o respeito à dignidade humana dos presos. O advogado não estará defendendo o preso apenas para tentar provar a sua inocência, mas também para impedir que os seus direitos fundamentais sejam desrespeitados.

Francesco Carnelutti ressalta a importância do advogado para o encarcerado. Esse profissional é visto como um técnico, mas no processo penal ele não está adstrito apenas à frieza das leis, pois as mãos do encarcerado que ele está defendendo estendem-se para ele esperando por uma dádiva. E o nome de advogado soa como um grito de ajuda, pois ele origina-se da expressão *Advocatus, vocatus ad*, ou seja, chamado a socorrer. Na sociedade romana o cliente pedia proteção ao patrono (derivação de *pater*) sendo que atualmente o advogado se chama patrono. E a atividade do advogado era denominada pelos romanos pelo verbo “postular”, que é pedir aquilo que se tem direito de ter²⁹⁹.

A própria assistência jurídica preconizada no texto constitucional não se resume à assistência judicial, sendo bem mais ampla. “Assim, jurídica é aquela assistência para o ingresso em juízo, bem como também a assistência preventiva, pré-judiciária e a extrajudicial ou extrajudiciária”³⁰⁰. E o direito à assistência jurídica gratuita, seja para quem está preso ou não, é uma forma de viabilizar outros direitos, como é o caso do resgate da cidadania dentro de um conceito mais amplo.

O conceito de cidadania, portanto, abrange a titularidade de direitos políticos, votar e ser votado, e também civis, efetivo exercício dos diversos direitos previstos na Constituição, tais como educação, saúde e trabalho.

²⁹⁸ MAIA, op. cit., p. 194, nota 269.

²⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por José Antônio Cardinalli. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, 27-31.

³⁰⁰ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003. p. 60.

Esses direitos, no entanto, só serão efetivos, garantindo a cidadania, se existirem mecanismos que os assegurem. E, para isso, a assistência jurídica se presta: dar oportunidade aos hipossuficientes financeiramente para que façam valer seus direitos, buscando a igualdade substancial já discutida. Nesse sentido, o direito a assistência garante outros direitos, com o que a cidadania se vê resgatada.³⁰¹

A assistência jurídica gratuita não pode se restringir apenas a questões emergenciais, como é o caso de uma pessoa presa que precisa de alguém que faça a sua defesa. Ela tem que estar presente também na tentativa de assegurar a cidadania plena para as pessoas, pois existem vários direitos constitucionalmente garantidos que precisam ser efetivados.

Mesmo estando positivado no texto constitucional o direito à assistência gratuita ela não ocorre na prática como deveria. Cândido Rangel Dinamarco, ao versar sobre a instrumentalidade do processo, comenta o seguinte:

(...), o *patrocínio técnico gratuito* não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não oferece como deveria e prometeu; os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviço gratuito, ainda que isso seja de grande relevância social. Compreende-se a recusa dos advogados, hoje institucionalizada até em movimentos da categoria e amparada na garantia constitucional do trabalho remunerado; mesmo assim, essa atitude constitui uma entre muitas manifestações de individualismo e de descrença na Justiça que alguma educação para a participação comunitária nos serviços desta poderá afastar.³⁰²

Por um lado Cândido Dinamarco defende os advogados que não prestam serviços gratuitos tendo em vista a garantia constitucional do trabalho remunerado. Entretanto, considera que há individualismo nos advogados que se recusam a prestar tal tipo de serviço. Defende algum tipo de educação que incentive a participação comunitária nos serviços da Justiça.

Mas não quer dizer que inexistam iniciativas de advogados e instituições no sentido de atendimento às pessoas marginalizadas. Antônio Carlos Wolkmer cita o exemplo da “advocacia popular” que é “voltada para o atendimento prático efetivo das massas

³⁰¹ SOUZA, op. cit., p. 145, nota 300.

³⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 276.

marginalizadas do campo e da periferia urbana, bem como da assistência às associações profissionais, sindicatos e movimentos sociais”³⁰³.

As iniciativas de entidades populares têm não somente o papel de advogar para as massas marginalizadas, mas também atuam na conscientização das referidas massas para que elas lutem pelos seus direitos de cidadania. Entretanto, essas iniciativas ainda são poucas e não tiram do poder público o seu dever de prestar assistência judiciária gratuita e de qualidade.

Helena Fragoso já abordava, em 1980, sobre as organizações populares em defesa dos presos da seguinte maneira:

Nas prisões estão os pobres e os desfavorecidos. Como bem se sabe, a clientela do sistema não inclui os que verdadeiramente têm condições para pleitear por seus direitos. Os tribunais não podem decidir se não forem provocados. Tem sido fundamental, na luta pelos direitos dos presos, o surgimento de organizações combativas, capazes de conseguir advogados para mover a batalha judiciária. (...).³⁰⁴

Essas iniciativas de grupos não governamentais somados ao compromisso que o Estado deve ter com a assistência jurídica integral e gratuita são fatores que contribuem para o acesso à justiça. Mas outro fator também é a necessidade de isenção das custas judiciais. Nesse sentido, T. H. Marshall alertou também para o problema das custas judiciais, incluindo honorários de advogado, que dificulta o acesso ao judiciário de pessoas mais pobres e inclusive entendeu como importante o estabelecimento de justiça barata e até gratuita para as massas populares³⁰⁵.

A participação do advogado auxilia em muito a preservação dos direitos humanos fundamentais dos presos. Entretanto, isso não é o bastante ainda, pois a efetivação dos direitos sociais das pessoas como um todo pode favorecer inclusive a redução da

³⁰³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 139.

³⁰⁴ FRAGOSO, op. cit., p. 27, nota 247.

³⁰⁵ MARSHALL, op. cit., p. 82-83, nota 25.

criminalidade, o que reduziria o número de presos e facilitaria também a movimentação de processos no Poder Judiciário.

A participação do advogado em todos os momentos pode facilitar a que o preso tenha acesso a dois dos instrumentos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais que são o relaxamento da prisão ilegal e o *habeas corpus*.

O relaxamento da prisão ilegal está previsto no art. 5º, LXV da CF que prescreve o seguinte: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. O referido dispositivo, ao mesmo tempo em que determina o relaxamento da prisão ilegal, também possibilita que ela seja feita sem a necessidade do preso requerer, isto é, o relaxamento pode ser feito de ofício. Havendo uma prisão ilegal ela seja imediatamente relaxada, pois aqui não está se discutindo a propriedade ou posse de determinado objeto, mas sim a liberdade ou não de uma pessoa. Além disso, a prisão somente deverá se feita caso a mesma seja realmente necessária. Essa é a posição do STF conforme transcrita a seguir:

Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. Discursos de caráter autoritário não podem jamais subjugar o princípio da liberdade. A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.³⁰⁶

Vale ressaltar que a decisão anteriormente citada faz um alerta contra o uso autoritário de interpretações do ordenamento jurídico no sentido do uso da ideologia da lei e da ordem, o que levaria a grau muito alto de intolerância, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais, mas sem reduzir a criminalidade, embora talvez a abafando por um curto período de tempo.

³⁰⁶ HC 80.719, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/09/01

Outra ação constitucional em prol dos direitos humanos dos presos está prevista no art. 5º LXVIII da CF que assim prescreve: “conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Há de se ressaltar, que nos termos do Inciso LXXVII do art. 5º da CF a ação de "habeas-corpus" é gratuita, o que facilita o acesso à Justiça.

O procedimento do *hábeas corpus*, tal como se estruturou no direito anglo-saxão, está destinado à proteção da *personal liberty*, ou seja, protege aquilo que habitualmente a doutrina chama de *power of locomotion*, a liberdade física, consistente na capacidade de ir, ficar e vir.³⁰⁷

O *hábeas corpus* não é um instrumento destinado à libertação de criminosos, mas sim à garantia de uma verdadeira prestação da justiça. Uma pessoa inocente pode estar presa e o *hábeas corpus* pode ser um remédio para isso, bem como pode ser utilizado para libertar quem está preso além do tempo previsto.

A ação de *hábeas corpus* é bem diferente das demais ações judiciais que em regra precisam de advogado para o seu ajuizamento, bem como não permitem ao juiz tomar decisões sem ser provocado. No *hábeas corpus* até uma terceira pessoa pode impetrá-la em favor de quem está preso ou ameaçado de prisão, sem necessidade do instrumento procuratório. Além disso, estabelece que os juízes e os tribunais tenham competência para emitir ordem de *hábeas corpus* mesmo que ninguém tenha reclamado tal medida, caso verifique que houve ilegalidade ou abuso de poder.

É claro que o referido remédio constitucional não é solução para todos os casos, pois ele não é dado a aferir a culpa ou não de alguém, já que não admite análise detalhada de provas, mas permite que se cesse abuso ou ilegalidade com mais celeridade.

O fato de o *hábeas corpus* poder ser ajuizado sem a participação do advogado é apenas uma prerrogativa que existe para permitir que um preso que não tenha

³⁰⁷ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Hábeas corpus**: crítica e perspectivas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 130.

condições de contratar um advogado, ou que não tenha nenhum disponível por perto, possa ele mesmo requerer a sua liberdade. Entretanto, como a liberdade trata-se de um bem jurídico de alta relevância, é melhor que se confie ao advogado experiente na área penal para que ele faça os devidos requerimentos, inclusive os recursos necessários. Além disso, os demais procedimentos na justiça criminal dependerão da presença do advogado.

A assistência jurídica surge como corolário do efetivo acesso à justiça: o acesso à justiça criminal é a garantia de que alguém somente receba uma sanção penal se e quando for devidamente julgado pelo Estado, por meio de um processo penal conduzido de acordo com os ditames legais e garantistas, onde se inclui a defesa técnica do acusado e a defesa gratuita se se tratar de acusado carente. Concedendo o Estado ao acusado carente de recursos a assistência gratuita de um defensor técnico no processo penal, estará lhe assegurando o acesso a uma ordem jurídica justa.³⁰⁸

Mas a defesa do acusado deverá ser efetiva e não simplesmente formal para que se garanta o acesso a uma ordem efetiva justa³⁰⁹. Não adianta apenas o preso ter um defensor público que apenas comparece aos atos processuais, mas que não conversa com o preso, que não se interessa pelo processo, que não fiscaliza as condições em que o preso está sendo submetido etc.

Há de se ressaltar que no processo penal caso não exista defesa técnica efetiva em favor do acusado resulta em nulidade absoluta, sendo que a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal estabelece que a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas se for feita defesa deficiente pode resultar também nessa nulidade³¹⁰.

A Constituição Federal de 1988 foi mais ampla, pois não falou simplesmente em assistência judiciária, mas sim em assistência jurídica e integral. Disso resulta também de que ao acusado cabe também ser assistido no Inquérito policial e não simplesmente na fase do processo penal que tramita no Poder Judiciário³¹¹.

³⁰⁸ GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: RT, 2002. p. 203.

³⁰⁹ Ibidem, p.203.

³¹⁰ ibidem, p. 204.

³¹¹ GIANNELLA, op.cit., p. 51, nota 308.

Durante o inquérito policial não é obrigatória à assistência do advogado, pois ainda não foi instaurado o processo penal. Entretanto, trata-se de um momento relevante para o processo, pois é quando são reunidos indícios da autoria e da materialidade e isso pode resultar futuramente na condenação ou absolvição do réu. Além disso, durante essa fase, o preso fica mais ao alvedrio da polícia que nem sempre é preparada para cuidar do mesmo, podendo ocorrer violação dos seus direitos fundamentais e aí a necessidade da presença do advogado é imperiosa.

Com o acesso à justiça não se garantem a igualdade social e econômica, mas podem ser garantidos os direitos previstos no ordenamento jurídico, principalmente os constitucionalizados, sem prejuízo de outras medidas para a conquista de melhores condições sociais e econômicas para as pessoas. Isso conseqüentemente reduziria a criminalidade, bem como o número de presos, bem como a tensão penitenciária. E um caminho para que essas condições sociais e econômicas sejam melhoradas é a efetivação dos direitos sociais previstos na CF-88.

4.4 A FALTA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição determina que todos são iguais perante a lei, nos termos do art. 5º *caput*. Entretanto, este artigo apenas garante uma igualdade jurídica, podendo uma pessoa ter amplo acesso aos bens de consumo e outra viver sob exclusão social. A primeira vai ter muito mais chances de fazer valer os seus direitos. Já a segunda terá poucas chances de defesa, sendo facilmente vilipendiada em seus direitos fundamentais. Vale a pena ressaltar que a igualdade é um direito de primeira dimensão quando ela se limita à igualdade jurídica. O importante é que também sejam garantidos os direitos de segunda dimensão que buscam, dentre outras coisas, minimizar a desigualdade econômica.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que os direitos de liberdade, igualdade, direitos políticos, chamados de direitos de defesa e que exigem uma abstenção do Estado ou dos

particulares, têm plena eficácia³¹². Entretanto, o mesmo não ocorre com os direitos sociais, em que o Estado tem que prestar algo que seja fático ou normativo, de forma positiva³¹³. O referido autor não quer dizer com isso que os direitos sociais seriam inefetivos e que os mesmos não poderiam ser exigidos judicialmente, apenas ressalta que não há em si uma eficácia automática dos direitos sociais, pois eles dependem de outros fatores.

(...) Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que dele necessitem.
314

O referido autor não quer aqui argumentar de que uns direitos sejam mais importantes do que os outros. Apenas alerta que os chamados direitos de defesa, ou seja, o direito à liberdade, o direito de não ser torturado, o direito de não ter a sua residência violada sem ordem judicial, tem uma eficácia imediata garantida pelo texto constitucional. Havendo violação dos mesmos, existe uma ação judicial cabível que tem o condão de cessar imediatamente a referida violação bem como responsabilizar os culpados. Os direitos sociais também têm a efetivação garantida pela Constituição, mas eles dependem de fatores técnicos, econômicos, orçamentários etc. para que estejam disponíveis para os seus destinatários.

A dificuldade de efetivar os direitos sociais não ocorre somente no Brasil, sendo também uma situação vivida por países considerados de primeiro mundo. Segundo Norberto Bobbio, "(...) a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel"³¹⁵.

(...). Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os

³¹² SARLET, op. cit., p. 269, nota 102.

³¹³ Ibidem, p. 275.

³¹⁴ Ibidem, p. 280.

³¹⁵ BOBBIO, op. cit., p. 29, nota 117.

direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições³¹⁶.

O que Norberto Bobbio comenta ocorreu também no Brasil. No Congresso Constituinte que resultou na Constituição de 1988 foram inseridos muitos direitos sociais, mas muitos sem eficácia automática. Passados quase duas décadas de sua promulgação, muitos desses direitos não foram efetivados.

Mas existe outro problema que acaba dificultando também a efetivação dos direitos sociais, que é a tendência recente e de caráter ideológico no âmbito mundial de reduzir as prestações estatais. Anabela Miranda Rodrigues alerta sobre as alterações das funções estatais, com a retirada do Estado da área de atuação econômica e social e o alargamento e endurecimento do direito penal³¹⁷.

As ligações entre o declínio do sector social do Estado e o desenvolvimento do seu braço penal são evidentes. Em simultâneo com o pedido de <<menos Estado>> na ordem econômica e social, exige-se <<mais Estado>> para mascarar e conter as conseqüências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da proteção social. O Estado individualista deve também ser um Estado punitivo. O aumento da demanda de segurança relativiza a demanda de igualdade. Idéia chave da <<qualidade de vida>> é a <<santidade dos locais públicos>>, indispensável à vida urbana. A segurança – estritamente definida em termos físicos e não em termos de risco de vida (salarial, social, médica, educativa, etc.) – emerge como prioridade da ação pública³¹⁸.

Não há no Brasil em termos de legislação criminal um endurecimento das penas, com raras exceções como é o caso da lei dos crimes hediondos. Entretanto, esse endurecimento ocorre na prática e é patrocinado pelos agentes do Estado, independente da ordem dos governantes. Há ocorrência de torturas, execuções sumárias de presos, prisão de pobres inocentes, falta de acesso à justiça e outros. Tudo isso acaba ocorrendo em prejuízo das massas oprimidas.

³¹⁶ Ibidem, p. 43.

³¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: RT, 2001. p. 148-149.

³¹⁸ Ibidem, p. 149.

No Brasil, pelo menos no que diz respeito ao direito positivo, existem vários direitos sociais, inseridos inclusive na Constituição de 1988, muito embora os mesmos encontrem sérios problemas para serem efetivados. A inserção dos referidos direitos não foi um processo fácil.

Lenio Luiz Streck aborda sobre o processo constituinte no Brasil, ocorrido entre 1987 e 1988, sendo que no referido período ocorreram disputas entre os setores progressistas, representados pelos partidos de esquerda e por movimentos sociais organizados, e os setores conservadores, representados por partidos de direita e por grandes grupos econômicos. Dentro da referida disputa não havia uma clara maioria parlamentar a favor de um lado ou de outro e isso comentado pelo referido autor da seguinte forma:

Não se pode deixar de registrar que não havia uma clara maioria parlamentar no processo constituinte, o que pode explicar o excessivo número de dispositivos de eficácia limitada ou contida, cuja regulamentação foi relegada à lei ordinária. De observar que, muito embora houvesse uma ampla participação de movimentos sociais no processo constituinte, também não se pode subestimar a participação de entidades ligadas aos grandes grupos econômicos e aos corporativismos dos mais variados. De qualquer sorte, o texto resultante desses embates guardou direta relação com o constitucionalismo engendrado em países europeus como Portugal e Espanha, com grande ênfase na proteção dos direitos fundamentais e ao albergamento no texto da idéia de Estado Social³¹⁹.

O processo constituinte foi muito disputado e ocorreram diversos conflitos políticos ideológicos. Houve muita pressão social para inserir no texto da Constituição direitos que poderiam até ser positivados por legislação infraconstitucional. Preferiram constitucionalizar os referidos direitos na esperança de maior efetividade dos mesmos. Mas havia pressões do outro lado (o conservador, representado pelos grandes grupos econômicos) para a não inclusão desses direitos na Constituição. Como não havia uma maioria bem definida no plenário da Assembléia Nacional Constituinte, muitas questões polêmicas foram introduzidas no texto constitucional, mas com eficácia limitada ou contida, cuja regulamentação foi relegada à lei ordinária³²⁰.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 358.

³²⁰ STRECK, op.cit., p. 358-359, nota 319.

O texto resultante desse complexo processo sem dúvida representou o mais avançado texto jurídico-político já produzido no Brasil. Inspirado nas constituições do segundo pós-guerra, o *texto da Constituição de 1988 filia-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social, que tão bons frutos rendeu nos países que foi implantado*. O catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, as ações constitucionais, enfim, tudo o que havia sido reivindicado pela sociedade no processo constituinte foi positivado. A Constituição estabelece, já de início, que o Brasil é uma República, que se constitui em Estado Democrático de Direito, trazendo explicitamente seus objetivos de construir uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, cumprindo com as promessas da modernidade³²¹.

Houve sim, na Constituinte de 1988, a positivação dos direitos de primeira de segunda e também de terceira dimensão, sendo isso um avanço considerável no contexto histórico brasileiro. Vários anseios da sociedade brasileira foram positivados pelo constituinte originário na forma de direitos fundamentais. Entretanto, mesmo a positivação sendo um passo importante para que um anseio social seja atendido, ela não garante por si só que aquilo que foi estabelecido será efetivamente realizado.

Com base no conjunto das situações e na realidade de agora pode-se dizer que os Direitos Humanos, entre os quais estão aqueles que a Constituição enumerou como direitos fundamentais, ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros. A marginalização social e os desníveis regionais são imensos e a discriminação econômica e social é favorecida por aplicações distorcidas de preceitos legais ou simplesmente pela não-aplicação de dispositivos da Constituição. (...).³²²

De qualquer forma, a Constituição de 1988 é realmente um texto avançado dentro da história constitucional do Brasil. Proporciona diversos instrumentos jurídicos para a exigência dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, políticos ou sociais. A sua efetivação não foi imediata como se esperava e isso pode causar certo desânimo com o processo democrático. Entretanto, várias lutas estão sendo desenvolvidas pela efetivação dos direitos fundamentais, bem como para evitar qualquer forma de retrocesso.

³²¹ Ibidem, p. 358.

³²² DALLARI, Dalmo de Abreu. O Brasil rumo à sociedade justa. In: SILVEIRA, Maria Godoy at al. (org). **Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos**. João Pessoa: Universitária, 2007. p. 46.

4.5 A FALTA DE CIDADANIA AUMENTANDO A QUANTIDADE DE PRESOS E REDUZINDO OS SEUS DIREITOS.

Ter pessoas encarceradas não é algo desejável para a sociedade, seja pelo tratamento desumano que é privar alguém da liberdade ou mesmo pelo custo de manter uma pessoa num estabelecimento de segurança além de afastá-la do seu local de trabalho e de sua família. E há situação mais degradante ainda é que o sistema social brasileiro é profundamente injusto e isso também reflete no sistema carcerário.

No plano social, a população carcerária tem a mesma cara, perfil e destino da população de excluídos na sociedade chamada livre e democrática. São os presos todos pobres, quase todos pretos e pardos, todos desempregados, quase todos analfabetos, todos ou quase todos de barracos promíscuos, todos de infância desamparada ou quase todos desnutridos. O Haiti é aqui. Que outra possibilidade resta a essa população estruturalmente excluída e rejeitada por desumanos preconceitos senão a de sobreviver no ócio,³²³ no vício, na delinqüência afinal. São tristes crônicas de destinos anunciados.

A citação feita leva a uma constatação de que a falta de cidadania em sentido amplo, que inclui também os direitos sociais, leva a população desamparada pelo Estado e pela sociedade a praticar crimes. E depois de praticá-los, o Estado não respeita os direitos fundamentais daqueles que ficam encarcerados, dificultando a sua ressocialização. E o pior: com o aumento significativo da população carcerária fica cada dia mais difícil do Estado garantir mínimas condições de sobrevivência para os presos.

Nos últimos anos foram feitas reformas nas leis penais no sentido de evitar que pessoas sejam presas sem necessidade bem como de garantir um mínimo de direito para quem for encarcerado. Inicia-se com os caso de crimes de menor potencial ofensivo em que é oferecida a transação penal, bem como em outros casos de gravidade intermediária que são aplicadas as penas alternativas, bem como outros benefícios aplicáveis àqueles que são submetidos a pena de prisão.

³²³ ZANOTTO, Adriano. **Textos de cidadania**. Florianópolis: Garapuvu, 2004. p. 163.

E esse abrandamento³²⁴ de penas não é, de maneira nenhuma, um convite à impunidade. Tem situações em que o possível que seja concedida uma espécie de perdão a quem praticou o delito, não o encarcerando, mas determinando que o mesmo se submeta a certas medidas pedagógicas. Em outros casos é necessária a punição na forma de encarceramento, mas não com a função de praticar vingança, mas sim de praticar justiça.

Em muitos casos a possibilidade de perdão ou de punição mais branda é encarada como um convite à impunidade. Entretanto, segundo a lição de Hannah Arendt a não possibilidade de perdão limita a capacidade humana de agir.

Se não fôssemos perdoados, eximidos das conseqüências daquilo que fizemos, nossa capacidade de agir ficaria, por assim dizer, limitada a um único ato do qual jamais nos recuperaríamos; seríamos para sempre as vítimas de suas conseqüências, à semelhança do aprendiz de feiticeiro que não dispunha da fórmula mágica para desfazer o feitiço. (...) ³²⁵

Há uma diferença muito clara entre o perdão e a vingança. Pelo primeiro os homens podem mudar de idéia e recomeçar sendo agentes livres. Já pelo segundo o problema não resolve, ao contrário, agrava-se.

(...) o perdão é o exato oposto da vingança, que atua como *re-ação* a uma ofensa inicial, e assim, longe de porem fim às conseqüências da primeira transgressão, todos os participantes permanecem enredados no processo, permitindo que a reação em cada prosiga livremente. (...) A desobrigação mencionada dos grilhões da vingança, uma vez que esta prende executor e vítima no inexorável automatismo do processo de ação que, por si, jamais chega necessariamente a um fim. ³²⁶

Já a punição não é algo oposto ao perdão, mas sim uma alternativa. A punição tem em comum com o perdão o fato de ser uma interferência que consegue finalizar algo³²⁷. Nesse sentido a punição não pode ser utilizada como forma de vingança, mas sim como forma de justiça.

³²⁴ Mesmo com todas essas medidas que visam o abrandamento das penas, o aumento da população carcerária é significativo, conforme já foi abordado no item 4.2.

³²⁵ ARENDT, op. cit., p. 249, nota 4.

³²⁶ Ibidem, p. 252-253.

³²⁷ ARENDT, op. cit., p. 253, nota 4.

O pensamento de Hannah Arendt impulsiona uma reflexão sobre o problema atual da realimentação da violência, já que existem muitos defensores da vingança, na maioria das vezes contra os pobres que não têm cidadania plena, como forma de combater a violência. A referida autora nos alerta de que o importante é existir o perdão ou a punição justa. São duas formas que resolvem determinado conflito estabelecendo um ponto final. Já a vingança realimenta o conflito, dificultando a perspectiva de redução da violência.

E a referida autora também alerta de que a violência sempre desempenhou um imenso papel nos assuntos humanos na história política mundial³²⁸. E isso ocorreu tanto em assuntos internos mais ligados a relação entre as pessoas quanto em assuntos externos mais relacionados aos conflitos entre países. E violência acaba resultando em crimes, que acaba resultando na necessidade de pessoas serem presas, por mais branda que seja a lei penal.

Não se pode olvidar de que a prisão é uma das alternativas de penas para ser aplicada aos criminosos. Entretanto, “que não sejam os mesmos simplesmente depositados em fétidas prisões superlotadas nas quais, para sobreviver em espaços mínimos suportáveis, recorrem à eliminação entre eles mediante sinistras variações de roleta russa”³²⁹.

(...) Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los mais na criminalidade³³⁰.

E conforme já foi tratado neste trabalho existe o problema das torturas praticadas nas prisões. Há uma cultura criada no meio policial de preconceito contra os direitos

³²⁸ ARENDT, Hannah.. **Crises da república**. Tradução de José Volkman. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. (Coleção Debates). p. 97.

³²⁹ ZANOTTO, op. cit., p. 163, nota 323.

³³⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 131-132.

humanos, como se os mesmos existissem apenas para a defesa dos criminosos. Além disso, há uma constante prática de torturas contra presos.

A tortura, mazela histórica das polícias no Brasil, tem sido periódica e insistentemente denunciada nos relatórios dos grupos de direitos humanos. Ainda que, por sua própria natureza, os casos relatados representem ínfima parcela do que de fato ocorre no cotidiano das nossas delegacias e prisões, o relator das Nações Unidas para a tortura, em visita ao país em 2001, constatou que a prática é endêmica no sistema de justiça criminal brasileiro. (...)³³¹

A situação dos presos não é um quadro simples, pois não é somente um problema de falta de vagas nas penitenciárias, mas também de todo um sistema agravado devido ao tráfico de drogas, por exemplo, que corrompe o sistema carcerário³³². Torna-se necessário que medidas sejam tomadas para reverter esse quadro caótico.

Quaisquer que sejam as medidas para corrigir ou reduzir esse complexo quadro devem necessariamente passar por eficazes e audaciosas políticas de massivos benefícios sociais com **garantia de cidadania junto à população carente deste País**. No plano do Legislativo e do Judiciário, a instituição de normas modernas de direito penal que discrimine com punição drástica autores de efetiva periculosidade daqueles de crimes menores, e que sejam criados ou fortalecidos mecanismos que permitam aos juízes maior proximidade com todo o processo de execução da pena³³³. (grifo nosso).

A citação anterior demonstra em poucas palavras basicamente o que deve ser feito para garantir os direitos fundamentais dos presos e, conseqüentemente, da sociedade como um todo. É necessário que se garanta cidadania à população carente do Brasil e quem tem papel preponderante nessa tarefa é o Poder Executivo, seja no plano federal, estadual ou municipal. Já ao Poder Legislativo cabe o aperfeiçoamento da Legislação Penal para que se chegue o mais perto possível da proporcionalidade entre o delito e a pena. No tocante ao Poder Judiciário, clama-se que os magistrados estejam mais próximos, inclusive fisicamente, para acompanhar a execução penal. Isso tudo deve ser feito sem prejuízo da participação de outros atores essenciais como é o caso do Ministério Público bem como as organizações da sociedade civil.

³³¹ LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignácio. **Quem vigia os vigias?**: um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 37.

³³² ZANOTTO, op. cit., p. 163, nota 323.

³³³ Ibidem, 163-164

Anabela Miranda Rodrigues defende a renovação do pensamento socializador dos reclusos, sendo que ela apresenta três proposições que devem ser concretizadas: “o respeito pela liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação de intervenção social do Estado”³³⁴.

Está definitivamente ultrapassado que a socialização se identifique com a <<higiene moral>> que sustentou o correccionalismo. O Estado contemporâneo, de natureza laica e secular, não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais. Por isso, a pena de prisão não pode ter por fim transformar o <<homem-criminoso>> num <<bom pai de família>>. A liberdade de consciência não sofre qualquer restrição por via da sujeição a uma pena de prisão.

Para além disso, a titularidade de direitos fundamentais por parte do recluso impõe ao Estado deveres de abstenção relativamente a intervenções lesivas desses direitos (*nihil nocere*) e deveres de prestação que permitam a sua efectiva realização, sobretudo – mas não só – no que diz respeito aos chamados direitos sociais, nomeadamente o direito à saúde, à educação e ao trabalho (*omnia prodesse*).³³⁵

No texto supracitado a autora elenca vários argumentos no tocante às limitações que existem na pena de prisão já que a mesma pode sim impor o impedimento da locomoção, mas por si só não impõe a modificação da consciência do detento para transformá-lo em alguém bom. A prisão, quando necessária, deve vir acompanhada de outras medidas de carácter ressocializador, bem como deve existir a efectivação dos direitos sociais da população como um todo.

Entretanto, os direitos fundamentais dos presos estão previstos na Constituição e precisam ser efectivados. E a referida jurista conclui: “É este o desafio que se coloca à prisão. Depois de se ter considerado o recluso como um sujeito de direitos, é preciso tratá-lo como tal”³³⁶.

Todo o estudo até aqui feito demonstra que a falta de cidadania no seu conceito mais amplo contribui para a inefetividade dos direitos fundamentais dos presos e processados. Não há uma medida exata dessa intensidade e nem o trabalho se propôs a isso, mas é possível afirmar que ela é significativa.

³³⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 165, nota 317.

³³⁵ Ibidem, p. 165

³³⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 175, nota 317.

A cidadania no seu aspecto mais amplo exige uma sociedade sem preconceitos, com educação de qualidade, com acesso à justiça, com os direitos sociais efetivados etc. O preconceito existente contra os presos dificulta a sua ressocialização, bem como pode incentivar que os agentes públicos não respeitem os direitos fundamentais dos presos cuja guarda esteja sob sua responsabilidade. A falta de uma educação de qualidade incentiva o referido preconceito, bem como dificulta a emancipação social. O acesso à justiça deficiente dificulta o reconhecimento dos direitos dos presos e processados, inclusive os previstos na Lei de Execução Penal, especialmente quando os mesmos não têm a assistência de um advogado. A não efetivação dos direitos sociais contribui com a desigualdade de classes o que, junto com outros fatores, causa o aumento da criminalidade e o conseqüente aumento da população carcerária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos foram e estão sendo construídos em um processo histórico. Isso envolveu e envolve muitos debates e um trabalho incessante, bem como lutas acirradas e até mortes. Um dos marcos fundamentais mais recente dos referidos direitos na história é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A mesma foi editada logo após a segunda grande guerra mundial que foi marcada por um grande desrespeito aos direitos da pessoa humana, principalmente pelas atrocidades cometidas pelos nazistas.

Após a consolidação dos direitos humanos na ordem mundial com as declarações e demais documentos, cada Estado pode positivá-los em seu ordenamento jurídico sendo que os mesmos ficam alçados à condição de direitos fundamentais. Assim sendo, a tendência é que os mesmos fiquem com mais efetividade.

O Brasil foi palco de graves violações de direitos humanos durante o regime militar que governou o País entre 1964 e 1985. Isso ocasionou uma intensa luta pela redemocratização que culminou com uma nova Constituição para o Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e que incorporou em seu texto os direitos e garantias fundamentais previstos nas declarações de direitos humanos de âmbito mundial.

Na referida Constituição foi inserida uma gama ampla de direitos fundamentais das pessoas presas e processadas, justamente como uma tentativa de evitar os abusos cometidos contra os presos durante a ditadura militar e garantir uma apuração dos fatos penais de uma maneira que garantissem um julgamento justo.

Entretanto, os direitos dos presos e processados não são cumpridos, conforme foi demonstrado no decorrer deste trabalho. Constantemente noticia-se a ocorrência, no sistema prisional, de fugas, rebeliões, torturas, cadeias superlotadas, reincidência criminal etc.

Essa situação é de responsabilidade maior do poder público, que tem o dever de efetivar os direitos fundamentais, inclusive realizando políticas públicas com esse objetivo. Entretanto, a responsabilidade é maior do poder público, mas não exclusiva, já que existem muitas práticas cometidas pelas pessoas que acabam dificultando a efetivação dos direitos fundamentais dos presos e processados, tais como: preconceito contra os presos (e ex-presos), falta de fiscalização dos atos feitos pelo poder público, alienação política etc.

Um dos fatores que levam muitas pessoas a não defender a efetivação dos direitos fundamentais dos presos e processados é que imaginam que os mesmos devem ser simplesmente castigados e não ressocializados. Entretanto, os direitos fundamentais dos presos e processados não são simplesmente um direito deles, mas sim de toda a sociedade. Toda pessoa humana pode ser presa e está vulnerável de ser acusada de ter cometido um crime, e será destinatária da proteção dos direitos fundamentais. Além disso, a ressocialização dos presos beneficia em muito a sociedade, pois reduz a reincidência criminal.

Entretanto, a efetivação dos direitos dos presos e processados não pode ser vista exclusivamente sobre o ângulo dos referidos direitos por si só, embora os mesmos estejam positivados e possam ser exigidos pela via judicial. Mas há algo que poderá, muito além da exigência dos direitos por meio de ação judicial, garantir, mesmo que de maneira indireta, os direitos dos presos e processados. Esse algo é conhecido como cidadania.

E a cidadania referida neste trabalho é aquela vista de maneira mais ampla, na concepção de T. H. Marshall e adaptada à realidade nacional. A cidadania a ser alcançada não é apenas aquela restrita aos direitos civis e aos direitos políticos, embora os referidos direitos já alcancem um patamar significativo dos direitos, isso se comparado ao que existia antes da Revolução Francesa. A cidadania deve também conter o elemento social, isto é, devem ser dadas às pessoas garantias mínimas, ou pelo menos condições satisfatórias de que as mesmas atinjam a essas garantias

mínimas com o seu esforço, de alimentação, saúde, moradia, trabalho, lazer e, especialmente, educação.

A educação merece uma atenção especial, pois a mesma é um fator de emancipação social. Caso todos tivessem acesso a uma educação de qualidade, todos teriam a oportunidade de adquirir o conhecimento e a técnica, facilitando o acesso pleno a todas as profissões, bem como ao conhecimento dos direitos para saber como exigí-los, além de desenvolver uma consciência crítica para facilitar na escolha dos seus representantes durante o processo eleitoral. Isso reduziria a influência hereditária no momento do acesso aos bens materiais e seria um importante fator de redução das desigualdades sociais.

Já foi tentada por várias vezes a construção da utopia de uma sociedade totalmente igualitária, mas isso se mostrou difícil, embora seja uma bandeira que ainda não foi totalmente abandonada. Entretanto, garantindo-se os direitos de cidadania, principalmente o de educação, é possível construir uma sociedade menos injusta.

E a desigualdade social existente nos dias de hoje também é percebida no sistema prisional, pois ele é ocupado em sua grande maioria por pessoas marginalizadas pela sociedade e que não tiveram boas oportunidades de trabalho. E essas pessoas é que vão sofrer mais também com o desrespeito aos direitos fundamentais dos presos e processados.

Há previsão expressa do texto constitucional de vários direitos dos presos e processados, sendo que o capítulo 3 deste trabalho abordou de maneira mais aprofundada sobre três desses direitos: a presunção de inocência, o não sofrimento de tortura e o não sofrimento de penas cruéis, inclusive a pena de morte. Mesmo com a previsão dos referidos direitos na CF, bem como os que estão previstos na LEP há um processo imenso de violação dos direitos dos presos.

O não respeito à presunção de inocência possibilita que ocorra um pré-julgamento ao preso prejudicando o processo penal que necessita de uma apuração isenta para que se chegue à verdade real. Além disso, já ocorreram e ainda ocorrem, conforme relatado no item 3.4 deste trabalho, a prisão e o processo de inocentes que causam danos irreparáveis à pessoa presa injustamente. Mas o dano pela prisão indevida não é somente da pessoa presa, mas sim também de toda a sociedade, devido à injustiça cometida contra uma pessoa e que pode atingir a qualquer um, bem como à impunidade do verdadeiro criminoso que inclusive poderá praticar outros delitos.

Outra prática deplorável é a tortura contra presos. Primeiro por ser extremamente cruel e um verdadeiro ato de covardia; segundo por ser ineficaz, pois um inocente fraco pode confessar um crime e ser condenado e um culpado forte pode ser absolvido.

As penas cruéis, inclusive a pena de morte, também não devem ser aplicadas, pois, além de serem desumanas, não contribuem com a ressocialização de quem cometeu um crime. A crueldade na aplicação de uma pena não é a aplicação da justiça, mas sim da vingança. E Hanna Arendt, que deu sustentação teórica a este trabalho, nos traz a idéia de que a vingança gera mais violência. E com relação à pena de morte, a mesma é um castigo que aparentemente deveria gerar um medo das pessoas em praticar novos delitos, mas que acaba não sendo pedagógica, pois seus efeitos são muito grandes, mas passageiros. E aqui também é muito válida a noção de que ninguém ganha nada com a morte alheia, trazida por Hanna Arendt.

Entretanto, não se trata aqui de combater a tortura e a pena de morte a partir de um argumento utilitarista, conforme se pode extrair das idéias de Cesare Beccaria. Mesmo que a tortura e a pena de morte fossem eficientes no combate à criminalidade elas não deveriam ser permitidas no nosso ordenamento jurídico, por serem cruéis e contrárias ao direito natural e aos direitos humanos consagrados internacionalmente. Entretanto, os argumentos da ineficiência da tortura e da pena de morte podem ser utilizados como forma de ajudar no convencimento da sociedade da importância das mesmas serem combatidas em benefício de todos. O apoio por parte da sociedade para a defesa dos

direitos fundamentais dos presos e processados é algo a ser conquistado, pois as pessoas tendem a respeitar naturalmente não aquilo que está escrito na lei, mas sim aquilo que acreditam. Quanto mais respeito natural existir às leis, menos o poder público terá que gastar com recursos para movimentar a sua máquina sancionadora.

Este trabalho demonstrou que existem dificuldades para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em geral. Entretanto, os direitos fundamentais dos presos ou processados são mais difíceis de serem efetivados, pois eles sofrem preconceito da sociedade por supostamente terem praticado algum crime, além de existirem deficiências no sistema policial, judicial e penitenciário.

Mesmo existindo, em alguns casos, sanção contra o descumprimento dos direitos fundamentais dos presos e processados eles continuam a não ser respeitados. E que existem outros fatores que incitam o não cumprimento dos referidos direitos, tais como: falta de recursos públicos para investimento no sistema carcerário, despreparo dos agentes públicos responsáveis pela guarda dos presos, cultura contrária aos direitos humanos inculcada em boa parte dos policiais etc.

Cabe também ressaltar que o desrespeito aos direitos fundamentais dos presos e processados é acentuado pela falta de cidadania no seu conceito mais amplo, conforme relatado no início dessas considerações, que envolve os seguintes elementos: civil, político e o social. Nos parágrafos seguintes estão elencadas constatações feitas durante este trabalho, especialmente no Capítulo 4, que relacionam direta ou indiretamente a ausência de cidadania com a inefetividade dos direitos fundamentais dos presos e processados.

O preconceito que a sociedade tem contra os presos e processados é um reflexo de vários fatores culturais, inclusive de problemas no sistema educacional. Esse preconceito acaba excluindo ainda mais os presos e processados da vida normal das pessoas. Esse preconceito é externado de várias maneiras: os aplausos à prática de torturas e assassinato de presos, a não contratação de ex-presidiários pelas empresas,

a divulgação massiva pela mídia de notícias contrárias aos presos e processados. Esse preconceito desanima a luta pela efetivação dos referidos direitos.

A falta de efetivação da LEP é outro fator que dificulta a proteção dos direitos fundamentais dos presos. A referida lei regulamenta a execução penal, propiciando regras para cumprimento dos mais variados tipos de penas, desde as penas restritivas de direitos até a pena de prisão. Entretanto, a realidade que se vivencia no país em termos de situação penitenciária é caótica: superlotação, falta de condições básicas nos presídios, ausência de atividades de ressocialização, não individualização da pena etc. Com esse sistema carcerário da maneira como está atualmente no Brasil, não é fácil falar em cidadania dos presos.

Um ponto que poderia facilitar a luta dos presos e processados pela garantia dos seus direitos fundamentais é o acesso à justiça, mas que é muito deficiente no quadro atual. Não há dúvida que com a Constituição de 1988 os caminhos de acesso à justiça foram alargados, já que ao Estado cabe prestar assistência jurídica integral aos que dela necessitarem. Entretanto, o referido direito não se resume à presença do advogado, embora o referido profissional seja presença indispensável na defesa dos presos e processados, não somente para defender a sua inocência, mas também para evitar que os seus direitos fundamentais sejam desrespeitados. É necessário que se tenha acesso ao judiciário, que não se limita apenas ao direito de peticionar ao mesmo, mas sim ao direito a um julgamento célere e justo.

Outro ponto crucial da cidadania é o referente aos direitos sociais, pois eles proporcionam às pessoas condições básicas para, inclusive, exercer outros direitos. Na Constituição de 1988 vários deles foram estabelecidos, embora careçam, em sua maioria, de efetivação. Essa falta de efetivação dos direitos sociais foi agravada com a tendência recente de reduzir as prestações estatais devido a uma política neoliberal. A redução dos investimentos sociais do poder público resulta em inúmeros problemas, inclusive o aumento da criminalidade. Para combater a criminalidade devem ser feitos

investimentos sociais e não pura e simplesmente aumentar as sanções criminais, que seria um movimento rumo ao Direito Penal máximo.

No Brasil, ao contrário de outros países como é o caso dos Estados Unidos da América, não tem havido por parte do legislador uma política de endurecimento das penas e isso é algo positivo. Exceção a isso foi a lei de crimes hediondos que endureceu as penas para os referidos crimes, mas que não provocou o resultado pretendido já que a incidência dos referidos crimes aumentou muito nos últimos anos. O que ocorre no Brasil é uma dificuldade de se cumprir a lei, gerando a idéia de impunidade, o que resulta em um clamor pelo aumento das penas, mas que não resultaria, por si só, na redução da violência.

Toda essa realidade que representa falta de efetivação da cidadania resulta no aumento da quantidade de presos, na medida em que mais crimes acabam sendo cometidos e mais pessoas são levadas à prisão. Além disso, a ineficácia do sistema penitenciário em ressocializar os seus presos, resulta em um aumento da reincidência criminal superlotando mais ainda as unidades prisionais. Superlotadas, as referidas unidades têm mais dificuldade ainda em ressocializar os seus internos, gerando um terrível círculo vicioso que é difícil, mas não impossível, de ser corrigido.

E o que se constata ao final não é que há a falta de leis, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais. O que falta é a efetivação das existentes para que se garantam os direitos fundamentais não somente aos presos e processados, mas a todos. É claro que a existência de uma legislação razoável não dispensa o debate sobre as adequações necessárias à mesma para que se torne mais efetiva.

A efetivação dos direitos fundamentais dos presos e processados não será obtida por si só pela exigência judicial dos referidos direitos, embora os mesmos possam e devam ser exigidos também por essa via, já que estão positivados no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque muitos dispositivos da LEP dependem de medidas administrativas

para a sua implementação e que devem ser implementadas pelo poder Executivo que também tem uma grande responsabilidade na efetivação dos direitos sociais.

Também não se pode minimizar nesse processo o papel da sociedade que tem uma parte de responsabilidade na segurança pública nos termos do art. 144 da CF. É indispensável um processo de educação em direitos humanos que reduza o preconceito que a sociedade tem contra os detentos e ex-detentos, pois isso facilitaria a redução da reincidência criminal em benefício da própria sociedade. Entretanto, o que se quer aqui não é tirar as obrigações do poder público, pois cabe a ele a maior responsabilidade, mas o que deve ficar claro é que sem apoio da sociedade não ocorrerá o que ela própria almeja que é a redução dos índices de violência.

Em todo esse processo é cabível a intervenção de instrumentos advindos do direito, bem como dos seus profissionais. No processo de debate sobre o aperfeiçoamento legislativo a participação dos juristas proporciona sugestões de quem milita no dia a dia e conhece as limitações que existem na lei. No âmbito do judiciário, o profissional do direito, seja como advogado, membro do Ministério Público ou magistrado, poderá acionar e julgar eticamente questões relativas aos direitos fundamentais dos presos e processados. O Poder Executivo também poderá ser acionado judicialmente para cumprir o seu papel, inclusive pela via do Mandado de Injunção ou da Ação Civil Pública, conforme o caso. Além disso, os profissionais do direito podem participar do debate, seja a partir do âmbito estudantil ou das entidades de classe, junto com a sociedade para refletir sobre a participação da mesma no referido processo.

No contexto atual brasileiro a pena de prisão é algo inevitável, embora existam defesas para que a mesma seja extinta, mas isso ainda é posição utópica. A legislação penal brasileira é moderna e prevê muitas situações em que o infrator não é preso, mas mesmo assim há casos em que não há uma pena alternativa à prisão, especialmente para os crimes mais graves e para as demais situações que exijam a privação temporária da liberdade de uma pessoa em benefício da coletividade.

Diante desse quadro, é necessário que a privação de liberdade, que reflete a perda de um bem jurídico da maior importância, seja feita com todo respeito aos direitos fundamentais e isso somente um País que respeita a cidadania poderá garantir.

REFERÊNCIAS

ALAMY FILHO, João. **O caso dos irmãos naves**: um erro judiciário. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 376 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. 143 p.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 352 p.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 336 p.

_____. **O que é política**: fragmentos das obras póstumas compiladas por Ursula Ludz. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. 238 p.

_____. **Crises da república**. Tradução de José Volkmann. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. (Coleção Debates). 201 p.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Combatendo a tortura**: manual de ação. Tradução: Galeno Fae de Almeida. Porto Alegre: Nova Prova, 2003. 367 p.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. Stuart Mill: liberdade e representação. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 9. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 189-223. Vol. 2.

BARBATO JR., Roberto. **Direito informal e criminalidade**: os códigos do cárcere e do tráfico. Campinas: Millennium, 2007. 168 p.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR, 1998. 272 p.

_____. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR, 1999. 145 p.

_____. **Identidade**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR, 2005. 110 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999. 149 p.

BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In: SILVEIRA, Maria Godoy at all (org.). **Educação em direitos humanos**: fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa: Universitária, 2007. p. 335-350.

BETTO, Frei. Educação em direitos humanos. In: ALENCAR, Chico (org.). **Direitos mais humanos**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p.47-56.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004. 232 p.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Alaôr Caffé Alves. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005. 192 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

_____; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 955 p.

BRACHER, Karl Dietrich. Nacional-socialismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Camen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. vol. 2. p. 806-812.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006. 448 p.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.429-RO. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. **Diário de Justiça da União**, 2 fev 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.179-PR. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de abril de 1994. **Diário de Justiça da União**, 3 jun 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 272.839-MT. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2005. **Diário de Justiça da União**, 8 abr 2005.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Edusp. 2000. 399 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alebre: Sérgio Fabríz Editor, 1988.168 p.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por José Antônio Cardinalli. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. 85 p.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. 236 p.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002. 140 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 577 p.

CORRÊA, Darciso. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002. 240 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Brasil rumo à sociedade justa. In: SILVEIRA, Maria Godoy et al. (org). **Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 29-49.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007. 334 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 341 p.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy, 2006. 266 p.

DORNELLAS, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. 76 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?. In: PANDOLFI, Dulce Chaves at all (org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

FABRIZ, Daury César. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 256 p.

_____. Cidadania, democracia e acesso à justiça. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 13-46.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. 913 p.

FARIAS, Adilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: RT, 2004. 304 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 197 p.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos**. Tradução de Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003. 154 p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998. 295 p.

_____. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 32. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKINK, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 134 p.

FREITAS, Fábio F.B. Para além da “estadania”: pensando a cidadania como categoria estratégica. In: NEVES, Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G.; FREITAS, Fábio E. B. (org.). **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Bagaço, 2002. p. 49-81.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. 249 p.

GHRISHMAN, John. **O inocente: uma história real de crime e injustiça**. Tradução: Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Rocco, 2006. 381 p.

GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa**. São Paulo: RT, 2002. 221 p.

GLOBO ON LINE. **Ibope: 26% admitem tortura. Pesquisa mostra preconceito de raça e orientação sexual**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/03/08/ibope_26_admitem_tortura_pesquisa_mostra_preconceito_de_raca_orientacao_sexual-426148416.asp>. Acesso em 30 mar 2008.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. 158 p.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Hábeas corpus: crítica e perspectivas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. 288 p.

HABERMAS, Junger. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. II. 352 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. 34 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (coleção Os pensadores). 419 p.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de João de Vasconcelos. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 78 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

KROHLING, Aloísio. Democratização do acesso à justiça através da criação das ouvidorias comunitárias. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 103-121.

_____. A busca da transdisciplinariedade nas ciências humanas. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV. n^o 2 jan./dez. 2007. p. 193-212.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 406 p.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 40 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: Nova jurisdição metaindividual/Legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTR, 2001. 248 p.

_____. Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas. In: LOTUFO, Renan (coord). **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005. p. 1-61.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignácio. **Quem vigia os vigias?**: um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. 2006, 220 p. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006

LIMA, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro**: seus dilemas e paradoxos. 2. ed. Tradução de Otto Millher. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 164 p.

LOZER, Juliana Carlesso. Direitos humanos e interesses metaindividuais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTR, 2004. p. 9-23.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. 233 p.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 262 p.

MAIA, Luciano Mariz. Tortura no Brasil: a banalidade do mal. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). **Direitos humanos, os desafios do século XXI**: uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 165-201.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 220 p.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid. Boletín Oficial del estado, 1999. 720 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania**: à luz do direito internacional. Campinas: Minelli, 2002. 167 p.

MENANDRO, Paulo Rogério M.; SOUZA, Lídio. **Linchamentos no Brasil: a justiça que não tarda, mas falha**: Uma análise a partir dos dados obtidos através da imprensa escrita. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida, 1991. 146 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**:. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. Tomo I. preliminares / O Estado e os sistemas constitucionais. 435 p.

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV – Direitos fundamentais. 563 p.

MIRANDA, Nilmário. **Por que direitos humanos**. Belo Horizonte: autêntica, 2006. 199 p.

MORAIS, Aroldo Luis. Reflexão histórica e atual sobre o preconceito, sua permanência e (in)tolerância no mundo globalizado. **Revista de Ciências Jurídicas – Universidade Estadual de Maringá**, Maringá, v.1, n.1, p. 99/107, Jul/Dez 2003.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ético do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jurgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 521-568.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2004. 432 p.

OLIVEIRA, Raimundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 330 p.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003. 157 p.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 447 p.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. 487 p.

_____. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá: 2006. Vol 1. p. 15-37.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987. 102 p.

RAMOS, André de Carvalho. A cidadania no sistema prisional brasileiro. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixal et al. (coord). **Ministério público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 5-28.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 925 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. Ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. 391 p.

REIS, Elisa. Cidadania: história, teoria e utopia. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 11-17.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: RT, 2001. 175 p.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. 477 p.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 215 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004. 432 p

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. 511 p.

_____. **Poderá o direito ser emancipatório?** Vitória: FDV; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. 112 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil**. São Paulo: LTR, 2001. 136 p.

SILVA, Alexandre Garrido. Direitos humanos, constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11-96.

SILVA, Katia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 159 p.

SLAIB FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 964 p.

SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. **Elite da tropa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. 314 p.

SOARES, Luiz Eduardo; BILL, MV; ATHAYDE, Celso. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: objetiva, 2005. 295 p.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica**: integral e gratuita. São Paulo: Método, 2003. 158 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sala de Notícias > Últimas **Estado do Espírito Santo terá de reformar alas da Penitenciária de Colatina**. (22 de maio de 2007) Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84200> Acesso em 27 mai 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. Volume II. 440 p.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução de Federico Carotti. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 130 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do estado de direito no Brasil. In: GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia. **Direito, cidadania e justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: RT, 1995. p. 189-195.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elisabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999. 584 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. 211 p.

_____. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. In: **Direito em debate**. n. 16/17, Jan.junho de 2002. Ijuí, Unijuí. p. 9-32.

_____. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. 239 p.

ZANOTTO, Adriano. **Textos de cidadania**. Florianópolis: Garapuvu, 2005. 184 p.