



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

LAURA POLATI CANDIDO FERREIRA

**DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS PRISIONAIS: UMA ANÁLISE
DOS DIREITOS DA MULHER GESTANTE À LUZ DO HABEAS
CORPUS COLETIVO 143.641**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

2018

LAURA POLATI CANDIDO FERREIRA

**DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS PRISIONAIS: UMA ANÁLISE
DOS DIREITOS DA MULHER GESTANTE À LUZ DO HABEAS
CORPUS COLETIVO 143.641**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Doutor Tauã Lima Verdan Rangel da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

2018/2

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
34/2018

F383d Ferreira, Laura Polati Candido

Dos direitos humanos femeninos prisionais : uma análise da mulher gestante à luz do “habeas corpus” coletivo 143.641 / Laura Polati Candido Ferreira. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2018.
91 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2018.
Orientador: Tauã Lima Verdan Rangel.
Bibliografia: f. 84-91.

1. Prisioneiras - Brasil 2. Grávidas 3. Dignidade (Direito) – Brasil
4. Prisões - Brasil 5. Habeas-Corpus I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título

CDD 365.430981

LAURA POLATI CANDIDO FERREIRA

**DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS PRISIONAIS: UMA ANÁLISE
DOS DIREITOS DA MULHER GESTANTE À LUZ DO HABEAS
CORPUS COLETIVO 143.641**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharelado em
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. XXXXXX

Orientador

Prof. XXXXX

Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof. XXXXX

Avaliador de Conteúdo

Prof. XXXXX

Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

A minha avó e minha mãe, que são as responsáveis por essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradecer, primeiramente, a Deus, pois sem ele nada somos, a minha família que sempre foi minha base durante esse tempo, a minha mãe e a minha vó, que sempre me apoiaram e estiveram do meu lado, aos meus professores por transmitir todo conhecimento necessário e aos meus colegas de classe, pela amizade e companheirismo.

FERREIRA, Laura Polati Candido. **Dos Direitos Humanos femininos prisionais:** uma análise dos direitos da mulher gestante à luz do Habeas Corpus coletivo 143.641. 90f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2018.

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar o reconhecimento dos novos Direitos Humanos Femininos Prisionais, assim como caracterizar a evolução histórica dos Direitos Humanos, explorar a delimitação conceitual do vocábulo “pena” e analisar o entendimento da Corte Suprema ao conceder Habeas Corpus Coletivo em nome de todas as gestantes presas, mães de crianças com até 12 anos de idade e mulheres que possuem tutela de pessoas portadoras de necessidades especiais, tendo em vista reiteradas violações que atingem uma comunidade de pessoas. Para tal, foi realizada pesquisa bibliográfica baseada no método de abordagem histórico dedutivo, valendo-se de revisões bibliográficas, pesquisa de dados e análise de conteúdos de argumentos jurisprudenciais referentes ao tema, para levantamento da situação das mulheres, especialmente as gestantes, lactantes e mães de criança até doze anos de idade, residentes dos presídios femininos brasileiros. Constatou-se que a decisão da Corte teve como escopo assegurar garantias mínimas às presas, considerando a situação precária vivenciada por mães e gestantes encarceradas no Brasil, além de ser o único caminho viável a tratar de forma mais concreta a situação.

Palavras-Chaves: Mulher encarcerada, gestante, dignidade, presídios, habeas corpus.

FERREIRA, Laura Polati Candido. **Human Rights in Prison: An Analysis of the Rights of Pregnant Women in the Light of the Collective Habeas Corpus** 143,641. 90p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2018.

ABSTRACT

The present work intends to examine the recognition of the new Prison Female Human Rights, as well as to characterize the historical evolution of Human Rights, to explore the conceptual delimitation of the term "sentence" and to analyze the understanding of the Supreme Court by granting Habeas Corpus Colectivo on behalf of all pregnant mothers, mothers of children up to 12 years of age and women who have guardianship of people with special needs, in view of repeated violations that affect a community of people. For this, a bibliographic research was carried out based on the method of historical deductive approach, using bibliographical reviews, data research and content analysis of jurisprudential arguments related to the topic, to survey the situation of women, especially pregnant women, infants and mothers of children up to twelve years of age, residents of Brazilian women's prisons. It was found that the Court's decision was aimed at ensuring minimum guarantees for prey, considering the precarious situation experienced by mothers and pregnant women incarcerated in Brazil, as well as being the only viable way to deal with the situation more concretely.

Keywords: Woman incarcerated, pregnant, dignity, prisons, habeas corpus.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C	Antes de Cristo
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART	Artigo
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
INFOPEN	Informações penitenciárias
LEP	Lei de Execuções Penais
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviaturas

INTRODUÇÃO	11
1 DA VINGANÇA PRIVADA AO MONOPÓLIO DO ESTADO	14
1.1 A pena como vingança privada	16
1.2 A pena como monopólio estatal: uma análise à luz do princípio da legalidade e da reserva legal a partir do estado democrático de direito.....	22
1.3 Das funções da pena	27
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	34
2.1 A primeira dimensão dos direitos humanos: direitos civis e políticos	38
2.2 A segunda dimensão dos direitos humanos: direitos sociais, econômicos e culturais.....	45
2.3 A terceira dimensão dos direitos humanos: direitos difusos e transindividuais ...	49
2.4 Novas dimensões dos direitos humanos? Os direitos de quarta e quinta dimensões em exame.....	53
3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS PRISIONAIS.....	57
3.1 Princípios orientadores da pena.....	61
3.2 Direitos femininos prisionais.....	71
3.3 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal	75
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

Criado por Decreto Lei em 1940, o Código Penal Brasileiro possui como objetivo garantir a ordem pública social. Incube ao Estado o poder de perseguir e de punir, para que assim obtenha êxito em assegurar a proteção da sociedade e o fornecimento da justiça, não obstante, também é dever do Estado, conferir a todos os direitos e as garantias fundamentais, até mesmo para aquele que tenha violado a lei. Segundo dados do Sistema de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014), o Brasil se encontra na quarta posição da maior população carcerária em geral, e na quinta posição em deter mulheres infratoras, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia respectivamente.

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional, em 2008 o sistema prisional feminino contava com o número de 11.079 mulheres divididas no regime fechado e semiaberto entre nove penitenciárias e um Centro de Detenção Provisório no Estado de São Paulo. Contudo, a pesquisa não se baseia apenas em estudar apenas o sistema penitenciário brasileiro, mas também em abordar uma linha evolutiva dos Direitos Humanos, assim como o atual entendimento da Corte Suprema no que diz respeito a um determinado grupo de mulheres que se encontrem encarceradas, assim como explorar o conceito do vocábulo pena.

O presente trabalho apresenta uma análise sobre a condição de violação dos Direitos Humanos em que as gestantes que se encontrem privadas de liberdade são sujeitadas no Sistema Penitenciário “feminino” brasileiro. Com base na presente análise aborda-se a grande importância da substituição da prisão com cumprimento de pena em estabelecimento prisional pela prisão domiciliar a fim de assegurar o mínimo de direitos às gestantes encarceradas e a suas proles que estão ainda no ventre, conforme está sendo discutido atualmente pela Corte Suprema.

Observar-se-á que o Sistema Penitenciário brasileiro se encontra coberto por uma lógica de violação aos Direitos Fundamentais, assim como à dignidade da mulher grávida presa, visto que a vida da mãe quanto à vida do feto pode sofrer graves danos devido à carência de recursos básicos e o menosprezo da gravidez no presídio por parte dos profissionais da saúde. Deste modo, será tratado no primeiro capítulo, uma evolução histórica das formas de punir, desde quando não havia organização de poder até a fase da vingança privada, onde a pena possuía caráter inquisitivo e cruel. Após,

com o monopólio do Estado, o direito de punir se concentrava nas mãos de um superior, e por fim estuda-se a pena no Estado Democrático de Direito, onde já se observa a dignidade da pessoa humana, será feito também um estudo acerca da pena, como por exemplo, conceito, funções, modalidades e suas teorias, de como os contextos histórico, social e político contribuíram para a consolidação do Direito Penal, da aplicação da pena.

No segundo capítulo do presente trabalho, faz-se um estudo da evolução histórica dos Direitos Humanos, conceito, motivos a qual deram origem esses direitos, causas e objetivos, assim como suas dimensões e o que rege cada uma delas. Compreende-se por Direitos Humanos aqueles direitos fundamentais que o ser humano é detentor sejam eles o direito à vida, saúde, liberdade, o direito ao trabalho, à segurança e moradia e principalmente o direito à liberdade. Levando em conta que os Direitos Humanos se encontram em constante processo de evolução e reconhecimento, no Brasil, frente às violações que atingem a população carcerária, em especial as mulheres, o entendimento da Corte Suprema, avança em prol dos direitos humanos inerentes à mulher que se encontre em realidade prisional, como consequência e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Por fim, no terceiro capítulo, o tema do trabalho será abordado de forma específica, onde em um primeiro momento será analisado o reconhecimento dos novos direitos humanos femininos prisionais, após far-se-á um estudo dos próprios direitos humanos inerentes às mulheres que se encontrem detidas e finalizando com um estudo do remédio constitucional, o qual concedeu esses direitos a essa comunidade de mulheres. Haverá discussão a respeito dos atuais progressos legislativos e jurisprudenciais nesse campo, assim como a verificação dos benefícios para a gestante vivenciar de forma digna a gravidez, o parto e o pós-parto no seio familiar e os efeitos positivos para o filho que está sendo gerado, como por exemplo, um bom desenvolvimento físico e psíquico advindo da convivência com a mãe em um ambiente adequado.

Deste modo, verificar-se-á que, mesmo antes de chegarem ao mundo, os filhos das mulheres presas são atingidos por uma repressão social, que os tacham e os marginalizam simplesmente pela conduta ilícita da mãe. Todos os episódios vivenciados pela gestante no cárcere também são vivenciados pelo feto que está sendo gerado, o qual sofre com os efeitos dos maus tratos e da ausência de direitos existentes no Sistema Penitenciário.

Desta feita, essas crianças têm seus direitos fundamentais e legais violados gravemente, uma vez que precisam de cuidados especiais e específicos para que tenham um desenvolvimento adequado e de forma saudável. Para a realização do trabalho, o método de abordagem de pesquisa adotado é o histórico dedutivo, o método de procedimento utilizado é o bibliográfico, valendo-se de revisões bibliográficas, pesquisa de dados e análise de conteúdos de argumentos jurisprudenciais referentes ao tema, para a realização de um estudo aprofundado sobre a violação dos direitos das mulheres gestantes privadas de liberdade no Brasil.

1 DA VINGANÇA PRIVADA AO MONOPÓLIO DO ESTADO

Desde as primícias da humanidade, o homem tem obtido progresso em todos os sentidos. Por meio da evolução da razão, aptidão não atribuída a nenhum outro animal, afora à raça humana, o homem tem estado sempre organizado em sociedades ou grupos. Contudo, o convívio social nem sempre é harmonioso, visto que nele o homem exterioriza o seu lado instintivo: a agressividade. Conforme Bonfim e Capez,

De início, no período primitivo, desconhecendo uma ideia de direito, o homem apenas se defendia e se vingava, uma vez que não existiam as atuais noções de crime e da pena; prevalecia a lei do mais forte ou do mais ágil. Era primordialmente instinto, selvático, e não se conduzia por normas (BONFIN; CAPEZ, 2004, p.97).

Em virtude disto, surge a necessidade da criação de uma forma de controle social. Nas lições de Oliveira, “a pena, foi criada pelo homem, como solução mediata para corrigir e regular as consequências individuais de seus atos, em face de alguma infração cometida” (OLIVEIRA, 2016, s.p).

Em sede de complemento, Greco aponta a pena como uma inflição de dor moral ou física ao transgressor de uma lei (GRECO, 2015). Conforme as lições de Henrique Pessina, pena expressa “um sofrimento que recai, por obra da sociedade humana, sobre aquele que foi declarado autor de delito” (PESSINA, 1991, p. 589-590 *apud* MESQUITA, 2015, s.p).

A pena também emanou da tendência natural de conservação do homem, a qual, a cada ato em que se via ofendido, reagia de imediato, castigando ou procurando castigar o ofensor, valendo-se dos meios que possuía. No entanto, é importante destacar que, entre os primitivos, a justiça penal não tinha senão uma forma rudimentar, valendo citar a lição de Enrico Ferri,

A expressão natural do instinto de conservação individual e coletiva, por que cada ser vivo reage contra toda ação que ameaça ou põe em perigo as condições de existência, demonstra a origem natural, espontânea e inevitável de justiça penal, que assumirá depois, na sucessiva evolução social, formas bem mais complexas e moralmente mais elaboradas (FERRI, 1998, p.33 *apud* TEIXEIRA, 2008, p.21).

Observa-se, que durante muito tempo, desde as épocas mais antigas da história, a necessidade pela imposição de sanções penais, tornou-se presente em

sociedade. A criação da pena deu-se como solução para todos aqueles que se levantavam frente a uma ordem social instituída, onde a origem da pena se dividia entre vingança privada ou religião, porém por mais que fosse discutida, está não deixava de ser uma vingança social. Jimenez de Asúa bem sintetiza as etapas da evolução da justiça punitiva, classificando-as em,

Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena, é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua (ASÚA, s.d, s.p *apud* BONFIM; CAPEZ, 2004, p.44).

Sendo assim, desde o seu princípio, a pena surge não só como um fato sociológico, mas também como um fato jurídico de caráter ritual, tendo a ideia de castigo como essência. Dessa forma, Greco assevera,

A história do Direito Penal, portanto, confunde-se com a própria história da humanidade. Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, isoladamente, ou contra o próprio grupo social. Essa punição não era originária de leis formais, que não existiam naquela época, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça e, também, com a finalidade de preservar o próprio corpo social (GRECO, 2017, p.47).

Evidentemente que, no início, as reações ao mal praticado pelo agente infrator não tinham de ser, necessariamente, proporcionais. Em muitas situações imperava, como se podia esperar, a lei do mais forte. A ideia de retribuição pelo mal sofrido, ou mesmo de vingança, era muito clara (GRECO, 2017).

Em geral, os historiadores concebem várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, e a vingança pública. Entretanto deve advertir-se que esses períodos não se sucedem de forma integral, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro deixa de existir logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase adentra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado (NORONHA, s.d *apud* GRECO 2017).

1.1 A PENA COMO VINGANÇA PRIVADA

Desde o início dos tempos, fez-se necessário a criação de regras para um bom convívio em sociedade. A pena privativa de liberdade, somente era utilizada para preservar fisicamente o apenado até o dia de seu julgamento ou execução. Por um longo período histórico, as penas eram destinadas a castigar fisicamente o infrator, tendo como exemplo a pena de morte, penas corporais (ex: mutilações) e, as penas infamantes que eram utilizadas com objetivo de atingir a honra do infrator.

Não há como citar com precisão quando se iniciou o sistema punitivo dos povos, assim como a ideia de crime e pena também não pode ser definida com exatidão, porém é certo que a punição teve sua gênese com o nascimento da humanidade e os primeiros grupos sociais formados. A pena em sua antiga origem nada mais significa senão a vingança, o troco à agressão sofrida, sem preocupação de justiça. De acordo com Shecaira e Corrêa Junior,

A antiguidade é marcada como um período de vingança privada, pois a punição sempre era imposta como vingança, prevalecendo a lei do mais forte. A pena possuía um papel reparatório, pois, pretendia-se que o infrator se retratasse frente à divindade, dando a pena um caráter sacral (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.24 *apud* BORGHI; DE OLIVEIRA, s.d, p.2).

A reação à agressão era a regra na fase da vingança privada, a mesma era devida pela vítima inicialmente, após, passou a ser devida pelo seu grupo e, mais tarde, passou a ser direito da tribo. Nas palavras de Liberatti (2014), se o agressor fosse da mesma tribo que o ofendido, a pena era de banimento, o qual ficava a mercê de outro grupo, podendo ser castigado até a morte. Já se o agressor fosse de tribo diferente do ofendido, o grupo deste era consagrado para a vingança de sangue, tida como uma obrigação sagrada e religiosa.

Ainda pela mesma autora, a vingança não possuía a característica da proporcionalidade, criando entre os grupos e as famílias, lutas que foram tendo como consequência a extinção destes com o passar do tempo. Havia uma necessidade de delimitar a vingança, em que surgiu o talião, ou seja, a vingança não poderia ser mais arbitrária e desproporcional, devendo ser de mesmo potencial ao mal praticado. Em lição de Rogério Greco,

A lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que havia sido editada. Isso porque, mesmo que de forma insipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de Justiça, embora ainda atrelada a vingança privada (GRECO, 2015, p. 17).

Ainda em que seu aspecto meramente formal, têm-se, aqui, os primeiros traços do princípio da proporcionalidade entre a pena e o crime. Logo após, surgiu a composição, uma forma embrionária da atual transação penal, o agressor para não ser castigado, poderia pagar pelo seu delito com vestes, moedas, armas ou animais, em lição de Bonfim e Capez,

Por esse sistema, o mal cometido era hipoteticamente reparado por meio de indenização pecuniária à família ofendida ou pagamento em gado, armas, utensílios. Tal instituto, no início da civilização, secundando a Pena de Talião, foi importante para o progresso moral e jurídico, buscando atenuar e regular os excessos e consequências da vingança pessoal e familiar (BONFIN; CAPEZ, 2004, p.46).

Também, deveria ser pago ao rei ou ao Tribunal certa quantia em troca da paz. Eram aplicadas penas corporais aos que não podiam pagar, onde o objetivo aqui era atingir o corpo do agressor, que lhe era aplicado um castigo/pena essencialmente físico. Como bem nos explica Foucault,

[...] uma pena corporal, marcado por esquartejamento, amputação de membros, marcas simbólicas no rosto e uma exposição do condenado vivo ou morto a um dado espetáculo em praça. Era definida como fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade (FOUCAULT, 2002, p.12 *apud* LOES, s.d, s.p).

Com a evolução dos grupos sociais e sua ligação à religião, surge o período da vingança divina, nesta fase a religião atinge uma influência de caráter decisivo na vida dos povos e as regras possuíam natureza religiosa. Segundo o magistério apresentado por Liberatti,

Com a fase da vingança divina, a repressão era motivada pela satisfação das divindades, o sujeito passivo dos delitos. A punição se dá com rigor, há proporcionalidade entre esta e a grandeza do deus ofendido. Com a pena, acreditava-se que a alma do ofensor era purificada e tinha por fim, além da satisfação dos deuses, a intimidação (LIBERATTI, 2014, s.p).

De acordo com Fadel (2009), neste período, confiava-se que os Deuses eram protetores da paz e eventual crime cometido era tido como um desrespeito às divindades. Para que a tranquilidade fosse restaurada, sacrifícios humanos deveriam ser realizados. Deste modo, mediante a prática de um único ato, três medidas eram adotadas: satisfazia-se o Deus maculado, punia-se o ofensor e intimidava-se a população para que não mais praticasse atos considerados criminosos. Tal período também se caracterizou pelo grau de crueldade das penas: quanto maior a importância da divindade ofendida, mais cruel seria a punição (FADEL, 2009).

Os sacerdotes ficavam a cargo da administração das sanções penais, os quais eram tidos como mandatários dos deuses, sendo assim, encarregavam-se da justiça e infligiam penas cruéis, desumanas e severas. Nesta fase, o agressor era punido para aplacar a ira dos deuses e reconquistar sua bondade. A apuração dos fatos era feita através das ordálias ou “prova de Deus”: se a pessoa andasse sobre o fogo e não se queimasse, era inocente; do contrário seria culpada.

Segundo Loes (s.d, s.p), é o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais códigos é o da Índia, de Manu. Tinha por escopo da purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. A legislação egípcia, hebraica, chinesa e indiana, entre outras, foram exemplos desta fase. Com uma sociedade um pouco mais organizada, em especial no desenvolvimento do poder político, nasce, no centro das comunidades, a figura do chefe ou da assembleia. A pena deixa sua natureza divina e torna-se uma penalidade imposta em nome de uma autoridade pública, onde eram representados os interesses de uma comunidade em geral.

A ideia de paz social começou, pouco a pouco, a progredir, e se consideraram as guerras privadas como obstáculos à paz pública. Surgindo a necessidade de estabilidade estatal e dos governantes, deu-se a vingança pública, onde já se observa uma melhor organização social. Neste contexto, a reprovação imposta ao transgressor da lei passa a ser resposta oficial, dada pelo Estado, tendo por objetivo proteger a sociedade e proporcionar segurança aos príncipes e soberanos, para a aplicação da pena, que ainda era exercida de forma cruel e severa que visavam à intimidação para conter a criminalidade, diante disto, afirma Silva,

O absolutismo iniciou-se com o fim do feudalismo, tomando forma mais robusta à medida que o governante concentrava poderes em suas mãos, atingindo seu pináculo na Idade Moderna, tendo ficado conhecida de todos, nesse período, a frase de Luís XIV: *L'Etat c'est moi* ("O Estado sou eu") (SILVA, 2005, p. 6).

Em sede de complemento do mesmo autor,

Esse tipo de Estado, se caracteriza pela concentração de poder nas mãos do monarca, que também pode ser chamado de Estado absoluto, em que a vontade do Rei era a lei ("*regis voluntas suprema lex*"), e esta se apresentava vaga e totalmente ao domínio do monarca, que não respondia pelos seus atos perante os súditos (SILVA, 2005, p. 5-6).

Deste modo, Fadel leciona,

A par desta abusiva utilização do poder, tem-se que a justiça tratava desigualmente os cidadãos. Os mais abastados eram normalmente poupados da severidade e crueldade das penas então vigentes, ao passo que a população menos privilegiada sofria em demasia (FADEL, 2009, p.62).

O delito torna-se uma ofensa à coletividade, a qual fica legitimada para a vingança. A garantia de segurança do Estado e dos príncipes era dada pela aplicação de penas cruéis e severas que visavam à intimidação do agressor. Nas palavras de Pacheco, "não era mais o ofendido, ou mesmo os sacerdotes, os agentes responsáveis pela sanção, mas sim o soberano. Este exercia sua autoridade em nome de Deus e cometia inúmeras arbitrariedades" (PACHECO, s.d, s.p). Em sede de complemento do mesmo autor,

A pena de morte nesta época era uma sanção largamente difundida e aplicada por motivos que hoje são considerados insignificantes. Usava-se mutilar o condenado, confiscar seus bens e estender a pena além da pessoa do apenado, geralmente atingia-se até os familiares do delinquente (PACHECO, s.d, s.p).

Conforme dito acima, neste mesmo cenário, o poder legal, estatal e de justiça se concentrava na figura do rei, ou seja, o mesmo detinha todas as formas de poder. Segundo Barros, o rei era tido como um representante divino na terra, capacitado para realizar justiça (BARROS, s.d, p.2).

As características mais marcantes do Estado Absoluto era a identidade entre o Estado e o Soberano, entre a moral e o Direito, entre a religião e o Estado, além da afirmação abstrata de que o poder do soberano lhe era conferido diretamente por Deus (BITTENCOURT, 2012). Em lição do mesmo autor, colhe-se que

Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus (BITTENCOURT, 2012, p. 277).

Pode se constatar duas fases no seio desse tipo de Estado. Na primeira, o poder do Soberano é conferido à escolha divina, governando pela graça de Deus: seu fundamento é religioso. Na fase seguinte, já há uma modificação do fundamento do poder do Monarca: é a fase do despotismo esclarecido, onde se atribui ao poder uma racionalidade amparada pelas ideias do iluminismo, mas pouco modificando os poderes do Soberano, atuando de forma ilimitada e juridicamente irresponsável (SILVA, 2005).

Vale assinalar, ainda, que os príncipes ou soberanos viam na pena mais do que uma forma de punir, simplesmente. Ora, era ela a marca do poder, um meio de amedrontar todos aqueles que confrontavam aos interesses dos governantes. As penas eram, de regra, aplicadas em praça pública, os populares eram obrigados a assistirem os martírios e crueldades. Havia dilacerações, mutilações, penas capitais, exposição de vísceras, tudo isso como meio de demonstrar para toda sociedade o poder absoluto do soberano (TEIXEIRA, 2008).

Com o nascimento do mercantilismo, o Estado absoluto inicia um processo de dissolução e debilidade. Isso sede espaço a uma revisão da até então concepção de Estado, caracterizada pelo vínculo existente entre o Estado e o soberano e entre este e Deus. Surge o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social (BITTENCOURT, 2012). É de extrema importância abordar a Obra de Cesare Beccaria (*Dos delitos e das penas*), pois esta teve uma vital importância no amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos.

Beccaria menciona, claramente, o contrato social nos dois primeiros capítulos de sua obra. “Desta forma, os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade

civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade” (BECCARIA, 1968, p.27 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.161). Ainda em sede de complemento do mesmo autor e justificando a teoria do contrato social, Beccaria esclarece:

As leis representam as condições sob as quais homens independentes e separados se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de beligerância e de gozar de uma liberdade que resultava inútil diante da incerteza de poder conservá-la. Dessa mesma liberdade, sacrificaram uma parte, para poder gozar o resto com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de um constitui a soberania do povo, e o seu soberano é o seu depositário e legítimo administrador (BECCARIA, s.d, p. 106).

De forma histórica, a teoria do contrato social, proporcionou um marco ideológico adequadamente para a proteção da burguesia nascente, já que acima de tudo as atividades proveitosas eram recompensadas, enquanto a atividade prejudicial era castigada. Beccaria, também, possuía uma concepção utilitarista da pena, ou seja, deverá servir para impedir que o delinquente venha praticar novos crimes, uma vez que procurava um exemplo para o futuro e não uma vingança pelo passado, tendo isto em tela, o autor conclui:

Para que uma pena alcance o seu efeito, é suficiente que o mal proveniente da pena supere o bem que nasce do delito; e nesse excesso de mal deve-se calcular a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime viria a produzir. Tudo, além disso, é, portanto, supérfluo e, ao mesmo tempo, tirânico (BECCARIA, 1764, p. 179 *apud* GRECO, 2015, p.30).

Isso nos leva a entender, de forma resumida que a pena será o termômetro da gravidade do fato praticado. Sendo maior o dano e maior a importância do bem jurídico atacado, maior será a punição (GRECO, 2015).

1.2 A PENA COMO MONOPÓLIO ESTATAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA RESERVA LEGAL A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal pode ser contemplado perante diversas perspectivas, dependendo do sistema político através do qual um Estado soberano estabelece as relações entre os indivíduos que pertencem a uma determinada sociedade, e do meio como exerce o seu poder sobre eles (BITTENCOURT, 2012). De acordo com as ponderações de Smanio,

A partir do Estado moderno, a pena passa a ser considerada monopólio estatal. No Estado liberal clássico, formou-se a expressão "Estado de Direito", posto que se buscava a limitação jurídica do poder punitivo. A pena era uma exigência de justiça, base da retribuição penal, fixada no ordenamento jurídico, sendo, então, um limite para o poder punitivo do Estado (SMANIO, 2005, s.p).

Nesta linha, ao almejar o ideal democrático, o reconhecimento democrático do poder deu-se pela implantação do princípio da soberania popular, tal qual se permitiria de forma igualitária participação na formação da vontade do Estado. E, sendo assim, isso provocou a busca da participação do povo na coisa pública, ou seja, a busca da efetiva incorporação de todo o povo no controle das decisões (MORAIS JUNIOR, 2007).

Desta forma, o Estado passa a ser visto como Democrático de Direito e dentro desse prisma o Direito Penal assume a função ético-social e função de prevenção, que ocorrerá na medida do necessário para a proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos. Para Welzel, a função ético-social é exercida por meio da proteção dos valores fundamentais da vida social, que deve configurar-se com a proteção de bens jurídicos (WELZEL, s.d, p.11-12 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.77-78). A função ético-social, sem dúvida é a mais importante do Direito Penal, e, baseada nela, nasce sua segunda função, qual seja a preventiva, que na lição de Cezar Roberto Bittencourt,

Orienta-se o Direito Penal, segundo a escala de valores da vida em sociedade, destacando aquelas ações que contrariam essa escala social, definindo-as como comportamentos desvaliosos, apresentando, assim, os limites da liberdade do indivíduo na vida comunitária. A violação desses limites, quando adequada aos

princípios da tipicidade e da culpabilidade, acarretará a responsabilidade penal do agente. Essa consequência jurídico-penal da infração ao ordenamento produz como resultado ulterior o efeito preventivo do Direito Penal, que caracteriza a sua segunda função (BITTENCOURT, 2012, p.78).

O Direito Penal progrediu da vingança privada para a ascensão pelo Estado do monopólio da justiça punitiva. O Estado como zelador e possuidor da responsabilidade, da seguridade social, desempenha frente ao cidadão que pratica um crime, o *ius puniendi*, ou seja, o direito de penalizar a prática delituosa. Sendo assim, Curvelo, aponta que,

O Estado exerce esse monopólio em vários momentos e de diversas maneiras. Dessa forma, entende-se porque se pode falar em direito de punir de forma abstrata e direito de punir de forma concreta. O direito de punir de forma abstrata vem a ser o direito que tem o Estado de determinar quais violações à ordem jurídica devem ser consideradas infrações penais, por afrontarem os bens jurídicos mais valiosos à sociedade. Já no exercício do direito de punir de forma concreta, o Estado, além de definir infrações, estabelece as punições aplicáveis aos que forem por elas responsáveis (CURVELO, 2012, s.p).

O *ius puniendi* de maneira concreta é o poder que o Estado possui de punir aquele que pratica determinada conduta prevista como criminosa pela lei penal anteriormente criada (CURVELO, 2012). O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela legitimidade, entendida, em sentido mais amplo, como abrangente da origem do seu poder, do exercício dessa e da finalidade do Estado. A origem do poder assim está na vontade do povo, no seu consentimento, mas a sua legitimidade não se esgota apenas nesse momento.

A tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social (SILVA, s.d, p.24). Para Elías Díaz, “o objetivo do Estado Democrático de Direito é justamente o de fazer realidade às exigências não cumpridas. E o Estado democrático, para não cair em um totalitarismo ‘democrático’, tem que ser, ao seu juízo, um Estado Democrático de Direito” (DIÁZ, 1978, s.p *apud* AMORIM, 2011, s.p). Assim:

Sendo a democracia modo de exercício do poder, é processo, o que significa que a técnica pela qual o poder, advindo da vontade popular, é exercido, deve coadunar-se aos procedimentos preestabelecidos

mediante leis elaboradas por representantes eleitos, isto é, deve obedecer ao princípio da legalidade na execução do poder, pelo que o ato de autoridade tem validade segundo sua conformação legal, o que liga toda a execução da lei à origem, que é a vontade popular. (...) Enfim, é o Estado Democrático de Direito que se apresenta como organização político-estatal possibilitadora de uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e coautor da ordem jurídica. É nesse Estado que a autonomia política atua contra a arbitrariedade de um poder mediante sua domesticação pelo jurídico (DIÁZ, 1978, p. 120 *apud* AMORIM, 2011, s.p).

Nesse ínterim, o Estado constitucional é a forma de Estado de direito mais adequada e atualmente exercida em quase todos os países. Resguardando a segurança jurídica, o Estado constitucional proporciona uma considerável garantia de justiça: todos são conhecedores de seus direitos e deveres e a submissão aos mandamentos constitucionais limita o risco de decisões arbitrárias das autoridades estatais. Noutras palavras, o Estado constitucional é uma forma de exercício realmente limitado do poder estatal (DIMOULIS, s.d *apud* AMORIM, 2011).

De acordo com Bittencourt (2012), tomando como referência o sistema político estabelecido pela Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que o Direito Penal no Brasil deve então ser constituído e organizado dentro de uma concepção democrática do Estado de Direito, obedecendo aos princípios e garantias dispostos na Carta Magna. Ainda em complemento, o autor supramencionado sustenta que “muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão” (BITTENCOURT, 2012, p. 86). Neste sentido, ainda, aduz-se que

Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. Eles estão localizados já no preâmbulo da nossa Carta Magna, onde encontramos a proclamação de princípios como a liberdade, igualdade e justiça, que inspiram todo o nosso sistema normativo, como fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, orientador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição, que, como consequência, também são orientativas para a interpretação das normas infraconstitucionais em matéria penal (BITTENCOURT, 2012, p. 87).

No art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, depara-se com a declaração da dignidade da pessoa humana como critério sobre o qual se ergue o

Estado Democrático de Direito, o que estampa o reconhecimento inequívoco de todo indivíduo pelo ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos (BITTENCOURT, 2012). Porém, é no art. 5º do mesmo diploma legal que se encontram os princípios constitucionais especificamente ligados à matéria penal, o que remete ao legislador ordinário a adoção de um sistema de controle penal observando os direitos humanos. Em apontamento de Conde e Arán,

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo (CONDE; ARÁN, 1991, p. 74 *apud* BITTENCOURT, 2012, p. 89).

A mudança do Estado legislativo para o Estado constitucional prevê a presença do caráter normativo nas constituições, que constituem um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível para todos os poderes do Estado. Peña Freire, em seu magistério, afirma que “essa refundação ou configuração do ordenamento jurídico, não supõe, no fundo, senão um direcionamento ao princípio da legalidade” (FREIRE, 1997, p. 58 *apud* MORAIS JUNIOR, 2007, p. 13). Esse direcionamento ao princípio da legalidade significa dizer que só serão Estados de direito àqueles modelos político-institucionais que absorvem uma série de limites ou vínculos materiais como requisito de validade da norma e possibilidade de expressão do poder político (FREIRE, 1997 *apud* MORAIS JUNIOR, 2007).

Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, o princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação do poder punitivo estatal. Muitas vezes não passando de simples fachada formal dos Estados, seu reconhecimento percorreu um longo processo com avanços e recuos (CONDE; ARÁN, 1991 *apud* BITTENCOURT, 2012). De acordo com Silva, “o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática” (SILVA, s.d, p. 90).

O princípio da legalidade é um princípio imperioso que não aceita equívocos nem exceções e retrata uma conquista da consciência jurídica que obedece a

exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. Em uma breve síntese de Cezar Roberto Bittencourt,

Pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BITTENCOURT, 2012, p. 90).

De acordo com a doutrina de Ferrajoli (2002), o indivíduo não pode ser sujeitado às incertezas e imprevisibilidades da ação estatal, de forma que esta deve ser determinada de forma prévia. Essa garantia estabelece que não há crime sem lei que assim o defina e, conseqüentemente, nem pena sem a prévia cominação legal (FERREJOLI, 2002 *apud* ROSA, s.d). Ao dispor que a infração deverá estar expressamente prevista na lei penal, o Estado deprecia a violência e potencializa a liberdade. Esse postulado, conhecido como princípio da legalidade, estabelece uma efetiva limitação ao ius puniendi do Estado, visto que o indivíduo terá liberdade para fazer tudo aquilo que não esteja proibido em lei. Lopes afirma que,

No fundo (...) o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que um direito individual, já que não tutela, especificamente um bem da vida, mas assegura a particular prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a lei (LOPES, 1999, p. 80 *apud* ROSA, s.d, p. 8).

O princípio da reserva legal, por sua vez, está expressamente previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, pelo o qual nenhum fato pode ser considerado crime sem lei anterior que o defina e nenhuma pena criminal será aplicada sem prévia cominação legal. A reserva legal é declarada pela expressão latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, construída por Feuerbach no século XII, significando que são matérias reservadas à lei, a criação de normas incriminadoras e suas penas (PONTE; FELICIO, s.d).

A reserva legal é um postulado destinado a garantir a liberdade do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado e controle do poder punitivo. E por conceder à lei

a função exclusiva de criar crimes e pena, concede ao Direito Penal uma função de garantia. Sustenta Luiz Luisi:

Registre-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado o condenado (LUIZI, 2003, p. 23 *apud* PONTE; FELICIO, s.d, s.p).

Deste modo, pelo princípio da reserva legal, a lei deve definir a conduta proibida e suas consequências jurídicas. Ademais, a tipificação legal exige na descrição supositícia da conduta proibida, a precisão da norma.

1.3 DAS FUNÇÕES DA PENA

Em seu artigo 39, o Código Penal Brasileiro, dispõe que as penas devem ser fundamentais e capazes à prevenção e reprovação do crime, ou seja, que a pena imposta valha como uma solução justa entre o mal praticado, a ação praticada pelo agente e a prevenção de futuros delitos penais, porém, sem que sejam ofendidos os direitos de personalidade e a dignidade humana do condenado (BRASIL, 1941).

Com o desenvolvimento da pena, criaram-se teorias que procuraram explicar ou somente compreender a função da pena frente às formas de comportamentos sociais de cada época e da organização do Estado, seus fins e características, e, sobretudo, a pessoa do condenado como sujeito passivo da atuação dela. Num primeiro instante, a pena foi tida como uma forma de compensar ao condenado o mal por ele praticado, em consequência da infração cometida. Logo após, a natureza preventiva da pena foi ressaltada e, em dado momento, nasceram às teorias mistas que procuravam conciliar as teorias absolutas e as relativas.

Considerada uma das mais ágeis reações do Direito, a pena representa a forma mais severa de administração da convivência pacífica dos cidadãos, mas é ao mesmo tempo, o mecanismo que os deixa menos livres. De acordo com Rogério Greco (2015), o Código Penal, mais precisamente em seu artigo 59, dispõe que as penas devem ser suficientes para a reprovação e prevenção do delito. Sendo assim, em conformidade

com a legislação penal, observa-se que a pena tem o papel de reprovar o mal provocado pela ação do infrator, bem como prevenir que novas violações a lei venham a ser praticadas. Damásio de Jesus é imperioso ao dizer,

Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos. Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal (JESUS, 2014, p.563).

Em sede complemento, Rogério Greco aponta que:

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi* (GRECO, 2015, p. 533).

A pena é tida como a mais importante das consequências jurídicas do delito, por consistir na privação ou restrições de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal (PRADO, 2009, p.488 *apud* BORGHI; DE OLIVEIRA, s.d, p.5). Desta feita, existem inúmeras teorias que tentam explicar seu fim e fundamento específico, sendo estas separadas em grupos, quais são eles: absolutas ou retributivas e relativas ou preventivas.

As teorias tidas como absolutas advogam a tese da retribuição, ao passo que as teorias relativas apregoam a prevenção. Na reprovação, segundo a teoria absoluta, reside o caráter retributivo da pena. De acordo com Moraes (s.d.), a teoria absoluta foi desenvolvida na idade média, época esta em que a política e a teologia eram estreitamente ligadas pelo centro do Direito Divino, no qual a soberania se confundia com Estado, já que concedidos por Deus. Neste cenário aquele que praticasse alguma conduta imoral ou algum pecado, que contrariasse a igreja ou o Estado, na figura do soberano, era castigado (MORAES, s.d, s.p).

Neste sentido, César Roberto Bittencourt explica que, “segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais” (BITTENCOURT, 2000, p. 68 *apud* MORAES, s.d, s.p). Desta forma, pode-se observar que a pena seria um mal imposto necessário, frente a seus atos negativos que lesavam a sociedade e a

integridade do Estado. Ainda no cenário retributivo, Gilberto Ferreira, em sua análise, explica que,

A pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação quanto a sua utilidade. Ocorrendo o crime, ocorrerá a pena, inexoravelmente. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado (FERREIRA, 2000, p. 25).

Para as teorias absolutas, também chamadas retributivas, a pena é um meio de revide ao infrator pela ação ilícita praticada. Nesta teoria o que se vislumbra é a punição do infrator, lhe causando um prejuízo, resultado de sua má conduta, uma forma do condenado entender que está sendo penalizado em razão de ter violado as normas jurídicas. Na precisa lição de Roxin,

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala (*sic*) aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independentemente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense (ROXIN, s.d, p. 81-82 *apud* GRECO, 2015, p. 537).

Os principais defensores desta ideia foram Immanuel Kant e G.F Hengel, segundo os quais tal teoria trazia consigo em seus pilares uma influencia filosófica de base ética e moral. Existe crítica a respeito da teoria absoluta no sentido de que a pena para esta teoria, é apenas uma punição, servindo como revide a má conduta praticada pelo delinquente em forma de castigo, pagar o mal feito com outro mal (a pena), o que não apresenta nenhuma utilidade à sociedade (GRECO, 2015).

A teoria supramencionada, ao invés de fundamentar a pena, presume sua necessidade. Para tanto, Luiz Regis Prado aponta que nos dias atuais, a visão de retribuição trazida pela teoria absoluta, já não encontra amparo, isto porque,

Na atualidade, a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como

fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade (PRADO, 2006, p. 526-527).

Por sua vez, a teoria relativa ou preventiva possui um caráter diferente da anterior. Esta tem por fim a prevenção de novos delitos, ou seja, busca impedir a realização de novas ações criminosas. Assim, a pena era tida como um apto instrumento à prevenção de possíveis delitos, pois, possuía um claro caráter utilitário de prevenção.

A teoria relativa ou preventiva não se refere à pena como meio de retribuir ao infrator o mal por ele causado à sociedade, mas confere à pena um caráter preventivo à prática do delito. A questão preventiva tem como objetivo impedir ao máximo possível a ocorrência de novas ações ilícitas. A punição era vista como meio de defesa da sociedade e segurança. Tal teoria opera-se de duas formas, a prevenção geral, que tem por natureza a intimidação da sociedade para não praticar um ato ilícito, e prevenção especial, que tem como objeto o próprio infrator.

Na lição de Damásio de Jesus, “na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes” (JESUS, 2014, p.563). Na mesma esfera, a pena é tratada como uma coação psicológica, pois ameaça o indivíduo que se recusa a observar e obedecer às normas jurídicas, motivando-os assim a não praticar ilícitos penais.

Frente a isto, Moraes (s.d, s.p) explica que, esta teoria geral é subdividida em positiva, na qual a pena nada mais é do que uma forma de se produzir valores éticos e morais diante da sociedade e do indivíduo que não praticou a má conduta, e negativa, que busca a intimidação daqueles que não praticaram a conduta ilícita, para que não se sintam instigados ou motivados à prática do crime. Nas palavras de Rogério Greco, na prevenção geral negativa,

A pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal (GRECO, 2015, p. 537-538).

Sendo assim, nessa vertente doutrinária, a pena é imposta pelo medo, ou seja, ela deve possuir capacidade de amedrontar as pessoas da sociedade, para que

aquele ilícito penal não seja reproduzido. Existe, do mesmo modo, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Queiroz preleciona que,

A pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai, além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social (QUEIROZ, s.d, p.40 *apud* GRECO, 2015, p. 538).

Para esta concepção, a pena deveria possuir uma medida capaz de reestruturar o sistema, formando um consenso geral na sociedade. O aspecto positivo de a prevenção geral dá-se com a provisão da fidelidade jurídica dos cidadãos e opera de diversas formas. Como bem explana Moraes,

A primeira consiste no estabelecimento de diretrizes de conduta para a sociedade, através da demonstração do especial valor de determinados bens jurídicos, que se faz por meio da criação dos tipos penais, da cominação das penas correspondentes e do estabelecimento dos critérios de persecução penal. A segunda forma pela qual opera a prevenção geral positiva decorre da confiança que surge na sociedade a partir da constatação de que o Direito efetivamente se aplica. E, ao final, a prevenção geral positiva opera também através do efeito de pacificação que se produz quando, em virtude da aplicação e execução da sanção penal, a consciência jurídica da sociedade se tranquiliza e considera solucionado o conflito com o autor da infração (MORAES, s.d, s.p).

Em seu turno, a prevenção especial, também pode ser concebida em seus dois sentidos, negativa e positiva (GRECO, 2015, p.538). Ainda de acordo com o mesmo autor, na prevenção especial negativa, busca-se uma neutralização daquele que tenha praticado o ilícito penal, neutralização esta que se dá com a segregação no cárcere. O delinquente fica impossibilitado de praticar novas infrações penais, uma vez que é retirado do convívio social momentaneamente. Quando se fala em neutralização do agente, deve ser fixado que isso ocorre somente quando a ele for imposta pena privativa de liberdade (GRECO, 2015).

Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin: “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos” (ROXIN, s.d, p. 85 *apud* GRECO, 2015, p.538). Observa-se, aqui, o caráter ressocializador da sanção penal, fazendo com que o infrator pense sobre o crime, considerando suas consequências (GRECO, 2015).

Na visão de Cezar Roberto Bitencourt, a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais (BITENCOURT, s.d, p. 81 *apud* GRECO, 2015, p.538). Em virtude da redação contida no *caput* do artigo 59 do atual Código Penal Brasileiro, pode-se observar na lei penal brasileira a adoção de teoria mista ou unificadora, a fim de conciliar as teorias absolutas e relativas. Pelas palavras de Rogério Greco,

Isso porque a parte final do *caput* do artigo 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absolutas e relativas, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção (GRECO, 2015, p.539).

Proposta por Claus Roxin, tal teoria buscou claramente conciliar as teorias anteriores, destacando os acertos ocorridos e buscando fugir dos erros apresentados nas outras teorias. A teoria mista considera o sentido da pena não somente na compensação da culpa do infrator, mas também no sentido geral de fazer valer a ordem jurídica, com o fim de prevenir futuros crimes.

De acordo com o artigo 32 do Código Penal, existem no ordenamento jurídico brasileiro três espécies de penas, sendo elas: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa (BRASIL, 1941). A pena privativa de liberdade prevista no Código Penal para crimes ou delitos são as de reclusão e detenção. Valendo destacar, todavia que a Lei das Contravenções Penais também dispõe da sua pena privativa de liberdade, sendo ela a prisão simples (GRECO, 2015). A Lei de Introdução do Código Penal, no seu artigo 1º, traçando a distinção acima apontada, diz:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941, s.p).

A pena privativa de liberdade, como o próprio nome já diz, ela priva o condenado do seu direito de ir e vir. A respeito das duas espécies apontadas acima, na precisa lição de Gonçalves,

A reclusão é prevista para as infrações consideradas mais graves pelo legislador, como homicídio, lesão grave, furto, roubo, estelionato, apropriação indébita, receptação, estupro, associação criminosa, falsificação de documento, peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, denúncia caluniosa, falso testemunho, tráfico de drogas, tortura, etc. Já a detenção costuma ser prevista nas infrações de menor gravidade, como nas lesões corporais leves, nos crimes contra a honra, constrangimento ilegal, ameaça, violação de domicílio, dano, apropriação de coisa achada, ato obsceno, etc (GONÇALVES, 2015, p. 233).

Juntamente com a pena de multa, as penas restritivas de direito estabelecem as chamadas penas alternativas, que tem como objetivo evitar a colocação no condenado na prisão, sendo assim substituída por restrições, quais seja, (perda de bens, limitação de fim de semana, interdição de direitos) ou obrigações (prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade) (GONÇALVES, 2015).

Por sua vez, a pena de multa possui natureza pecuniária, cuida-se, portanto, de uma sanção de caráter patrimonial. Contrária a pena restritiva, na pena de multa o condenado perde bens, cujos valores são fixados pelo Código Penal, como bem nos explica Rogério Greco,

A multa penal é de natureza pecuniária e seu cálculo é elaborado considerando-se o sistema de dias-multa, que poderá variar entre um mínimo de 10 (dez) dias ao máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que o valor correspondente a cada dia multa será $\frac{1}{30}$ do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes esse valor. Poderá o juiz, contudo, verificando a capacidade econômica do réu, triplicar o valor do dia-multa, segundo a norma contida no parágrafo primeiro do artigo 60 do Código Penal (GRECO, 2015, p. 544).

Atualmente, a pena de multa atende às necessidades dos dias de hoje de descarcerização, penalizando o autor da infração penal com o pagamento de importância determinada pelo juiz, cujo valor deverá obedecer aos limites mínimo e máximo regidos pelo Código Penal.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, vale realizar um estudo acerca da evolução histórica dos direitos humanos. Dessa forma:

Há autores que se referem ao Código de Hamurabi, como marco histórico. Entretanto, [...] a noção de proteção ao homem é tão antiga que se perde no tempo; ela surge nas normas de caráter religioso que são a gênese da civilização; inicia com os homínídeos e são, portanto, universais. Dornelles também advoga que as origens mais remotas da fundamentação filosófica dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização (GORCZEVSKI, 2009, p. 103 *apud* SOVERAL, s.d, p.3).

Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza.

Tais direitos são garantidos legalmente pela vasta tábua de diplomas internacionais que versam sobre os direitos humanos, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana. A respeito do tema é de extrema importância abordamos um conceito e uma análise da evolução histórica dos Direitos Humanos. Para Casado Filho:

[...] são um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico (CASADO FILHO, 2012, p. 16).

O histórico processo evolutivo dos Direitos Humanos deve ser compreendido como um processo derivado principalmente de lutas entre poderes e contra poderes (PASSOS, s.d, p.2). Nesse interim, Norberto Bobbio, em seu magistério, afirma,

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.5 *apud* PASSOS, s.d, p.3).

A necessidade de se estabelecer a cidadania está presente desde o Código de Hamurabi, na Babilônia, século XVIII a.C. Com a evolução da sociedade, a necessidade de limitação do poder Estatal se faz presente, possuindo como princípio norteador de tal limitação a igualdade como elemento construtivo e estruturante. Desse modo, verifica-se que a lei passou a se constituir como um meio regulador do agir do Estado, visto que a igualdade se torna valor essencial para integrar a norma (PASSOS, s.d, p.3).

Para Fábio Konder Comparato (2010), a Declaração de Independência Americana, mais precisamente seu artigo I, “é o registro dos Direitos Humanos na história (...)”, vindo a concretizar a ideia de igualdade entre os homens, também presente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Em complemento, de acordo com Pérez Luño,

São ingredientes básicos na formação histórica da ideia dos direitos humanos duas direções doutrinárias que alcançam seu apogeu no clima da Ilustração: o jusnaturalismo racionalista e o contratualismo. O primeiro, ao postular que todos os seres humanos desde sua própria natureza possuem direitos naturais que emanam de sua racionalidade, como um traço comum a todos os homens, e que esses direitos devem ser reconhecidos pelo poder político através do direito positivo. Por sua vez, o contratualismo, tese cujos antecedentes remotos podemos situar na sofística e que alcança ampla difusão no século XVIII, sustenta que as normas jurídicas e as instituições políticas não podem conceber-se como o produto do arbítrio dos governantes, senão como resultado do consenso da vontade popular (LUÑO, 2002, p.23 *apud* BELLINHO, s.d, p.6).

Sendo assim, pode-se dizer que foi nesse contexto histórico com o desenvolvimento laico do pensamento jusnaturalista, nos séculos XVII e XVIII que as ideias a respeito da dignidade da pessoa humana começam a ganhar importância (BELLINHO, s.d, p.6). Muitos momentos históricos contribuíram para a impulsão e proteção dos Direitos Humanos ao longo da história. Porém, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração de Viena foram fundamentais para que seus preceitos fossem desenvolvidos pelo mundo, pois tais documentos objetivam atingir interesses específicos dos Estados através de garantias coletivas, as quais buscam estabelecer obrigações objetivas em matéria de direitos humanos que são vistas e percebidas como necessárias para a preservação da ordem pública internacional (LAFER, s.d, p.154-155 *apud* BELLINHO, s.d, p. 27).

Através de diferentes cenários históricos e se adequando às necessidades de cada época são construídos os Direitos Humanos. Isso confere a eles uma ideia de evolução que se realiza a cada geração. Isto posto, em 1979, Karel Vasak, um jurista, gerou uma classificação de “gerações de direitos”, que não possui pretensões científicas, mas ajuda a situar as diferentes categorias de direitos no contexto histórico em que surgiram (SOUZA, 2017). Porém, de acordo com o lecionar de Malheiro,

Importante ressaltar que a denominação “geração” é tecnicamente imperfeita, pois pressupõe que o subsequente suplanta o anterior, eliminando-o do universo jurídico. Não é o que acontece com os direitos humanos, mesmo porque são eles interdependentes e se relacionam intrinsecamente para garantir sua efetividade. Não é possível dividir os direitos humanos em gerações que se sucedem, porque eles buscam preservar a dignidade da pessoa humana que é, igualmente, incindível (MALHEIRO, 2016, p.37).

Em complemento, Willis aponta que:

(...) em vez de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los (WILLIS, 1997, p.13 *apud* GIUSTI, 2012, p.15).

Todavia, a ideia de Direitos Humanos alcançou forte importância devido a seus pressupostos e princípios que possuem como finalidade a observância e proteção da dignidade da pessoa humana de forma universal, ou seja, englobando todos os seres humanos. Quanto a estes, pode-se ainda afirmar que eles possuem características com objetivo de determinar fundamentos para a organização da sociedade, assim como impedir a intervenção do estado no âmbito privado, resguardando dessa forma a dignidade da pessoa humana. Oliveira aduz que

A universalidade é o reconhecimento que a dignidade e a capacidade para o exercício de direitos são inerentes a todos que compõem a família humana, sem distinções que possam convergir em discriminações, limitações, reducionismos ou perseguições por elementos como sexo, raça, origem nacional, procedência ética,

religiosa ou qualquer outra condição. Em síntese, significa que toda pessoa humana é sujeito desses direitos (OLIVEIRA, 2016, p.8).

Em complemento Flavia Piovesan aponta:

A universalidade se apresenta como uma das características básicas da chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, produto do movimento de internacionalização, muito recente na história, que teve como marco o fim da Segunda Guerra Mundial (PIOVESAN, 2006, p. 46 *apud* RIBEIRO, s.d., p. 4).

Outra característica dos direitos humanos é a indisponibilidade que, conforme dispõe Casado Filho (2012, p.18), consiste em afirmar que “os Direitos Humanos não podem ser transmitidos ou mesmo renunciados por seus titulares”. Por outro lado, quando Castilho (2013, p.173) aborda a imprescritibilidade também como uma característica, ele preleciona: “a exigibilidade dos direitos fundamentais não cessa em hipótese alguma. Não há decurso temporal que os extinga ou que faça cessar a pretensão de vê-los respeitados”.

A próxima e também importante característica é a indivisibilidade que trás consigo o conceito de que os Direitos Humanos não podem ser fracionados, pois pressupõem uma compreensão integral e suas normas se complementam entre si, buscando alcançar efetividade plena (OLIVEIRA, 2016). A respeito da característica de caráter declaratório, o autor Casado Filho (2012, p. 21) dispõe: “pela importância que os direitos humanos possuem no ordenamento jurídico, eles devem ser assegurados independentemente de norma regulamentadora”. Ou seja, pelo simples fato de terem sido declarados, já devem ser garantidos a todos.

A última e não menos importante característica é a historicidade, que trás a percepção de dimensões/gerações dos Direitos humanos. Nesse sentido, Castilho (2013, p.173) apresenta o seguinte magistério: “surgem em situações concretas, como fruto das condições materiais e culturais de uma época. Diferentemente da concepção naturalista, portanto, não são atemporais e fixos, e, sim, fruto da evolução histórica de cada povo”.

2.1 A PRIMEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Durante o Período Medieval, surgiram vários documentos em que o monarca reconhecia alguns limites no exercício do seu poder perante a igreja, aos senhores feudais e as comunidades locais. Sendo assim, o documento mais importante da época foi a Carta Magna (*Carta Magna Libertatum*) de 1215, escrita pelo Rei João Sem Terra, da Inglaterra. Sem embargos, tal documento reconhecia direitos aos senhores feudais, bem como, liberdades e proteções que deram ensejo ao *Habeas Corpus* e a Petição de Direitos de 1628, tratava-se de um pacto entre reis e nobre e teve um relevante papel no desenvolvimento dos Direitos Fundamentais (PEREZ LUÑO, 2013 *apud* SOVERAL, s.d).

Aponta-se, também, a *Carta Magna Libertatum* como um antecedente histórico de grande importância das declarações de direitos humanos fundamentais. Desse modo, Sarlet afirma que

A *Magna Charta Libertatum*, de 15-6-1215, entre outras garantias, previa: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção; previsão do devido processo legal; livre acesso à justiça; liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país (SARLET, 2007, p. 7 *apud* SOVERAL, s.d, p.4).

Com o decurso do tempo, a Carta Magna passou a ser descumprida e a liberdade de locomoção dos homens livres deixou de ser uma garantida na Inglaterra, em especial quando se tratasse de prisão motivada por decreto real (CARVALHO, 2014). A situação agravou-se ainda mais no Reinado de Carlos I, como bem observa Heráclito Antônio Mossin,

Observa-se que no reinado de Eduardo III, por exemplo, era ordenado que ninguém fosse detido a mando do rei, ou de seu conselho, sem que houvesse acusação legal e procedente, o que não era cumprido no reinado de Carlos I, já que pessoas eram presas e acusadas de traição como subterfúgio para a não obediência daquele preceito. Logo, ali não se configurava uma mera detenção, mas uma prisão de caráter extraordinário (MOSSIN, 2005, p.8).

Sem outra saída, o Parlamento inglês se viu obrigado a convocar uma assembleia e a redigir a *Petition of Right*, em 1628, a qual consistia em uma reafirmação da Carta Magna. O documento previa que,

Ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los. Previa, ainda, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente (VALE, 2014, s.p).

Não se mostrando eficaz a mera reafirmação da Carta Magna, fez-se necessário reafirmar a liberdade dos súditos frente ao poder monárquico. Para isso foi de enorme importância uma lei que trouxesse alterações. Sendo assim, em 1679, surge, na Inglaterra, a Lei de Habeas Corpus (*Habeas Corpus Act*) (VALE, 2014). Em complemento, “a Lei de Habeas Corpus foi designada como uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar, e visava garantir a proteção da liberdade de locomoção” (VALE, 2014, s.p).

Tal lei mencionada acima teve como uma marcante característica o fortalecimento da ordem judicial de concessão do habeas corpus resultando, inclusive, em imposição de multa reparatória em favor do preso, a ser paga pelo detentor, bem como na perda do cargo, em se tratando de funcionário público desobediente (VALE, 2014). Em comentário a respeito do Habeas Corpus Act, Fábio Konder Comparato, diz que:

A importância histórica do *habeas corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o juízo de amparo e o mandado de segurança copiaram do habeas-corpus a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública, acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas (COMPARATO, 2003, p.86).

Tamanha foi a importância dessa lei que, seu conteúdo foi parte integrante da *Bill of Rights* de 1688, que marcou o fim da Revolução Gloriosa e instituiu o governo

parlamentar inglês, assinalando, em definitivo, o início do que se pode assinalar como constitucionalismo, com a submissão do rei à soberania popular e o fim da concepção de divindade da realeza (VALE, 2014).

Sendo assim, paralelamente, com tamanha relevância histórica, tem-se a Declaração Inglesa de Direitos, conhecida como Bill of Rights, foi elaborada em 1689 e foi o primeiro documento que reconheceu de forma explícita os direitos naturais (MACIEL; BRABRO, 2016). Segundo Marinho (2012), tal documento foi formulado pelo parlamento e assinado por Guilherme Orange, como condição para que este assumisse o trono inglês. Foi o documento que melhor sintetizou os objetivos da chamada Revolução Gloriosa, de 1688.

Insta salientar que a *Bill of Rights* significou uma grande restrição ao poder do Estado, prevendo, dentre outras regulamentações: fortalecimento ao princípio da legalidade, ao não permitir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem a autorização do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento, imunidades parlamentares, vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento (VALE, 2014).

Um dos documentos fundantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776). Fez-se o primeiro documento a expressar o caráter universal dos direitos do homem, pois consagrou os direitos dos indivíduos e estabeleceu, portanto, a primazia do indivíduo em sua relação com o Estado (MACIEL; BRABO, 2016). A título de destaque, observa-se o seguinte trecho da referida declaração:

Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.

I – Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (EUA, 1776).

Entende Comparato que a Declaração da Virgínia de 12 de junho de 1776, estabelece o registro de nascimento dos direitos humanos na história. Essa declaração reconhece solenemente que os homens são iguais, pela sua própria natureza (COMPARATO, 2001 *apud* GIUSTI, 2012.). A Declaração Americana

(1776) também se localiza em meio àquelas que instituíram elementos entre os direitos, que estão relacionados diretamente aos direitos humanos. Apesar de se diferenciar da Revolução Francesa, cujos protagonistas faziam parte, efetivamente, de camadas populares (MACIEL; BRABO, 2016). Em complemento,

Revolução Americana também trouxe em seu bojo o desejo de libertação das estruturas de poder estabelecidas pela monarquia, no caso, a inglesa. Porém, do ponto de vista dos direitos, o fato marcante dessa revolução foi que ela procurou favorecer e expressar os interesses mais específicos do homem, como, por exemplo, introduzindo o direito à felicidade (BRABO; MACIEL, 2016, p. 8).

Enquanto os franceses se preocupavam em criar novos direitos, procurando estimular outros povos para seguir o mesmo caminho, a Revolução Francesa teve o escopo de alterar radicalmente as condições de vida. Assim, foi a partir do pensamento francês, bem como com o surgimento da máquina a vapor, na Revolução Industrial, no século XVIII, que teve início a consolidação dos direitos humanos. Sendo assim, afirma Wolkmer,

(...) foi a França pós-revolucionária que reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do homem. O certo é que se estimulou, sob a égide de um Estado-Nação unificado, o processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos os indivíduos perante uma legislação comum (WOLKMER, 2003, p.2 *apud* GIUSTI, 2012, p.13).

Tanto a Declaração de Virgínia (1776), quanto a Declaração Francesa (1789), amparam novos direitos e declara que os homens são possuidores de direitos naturais considerados inalienáveis e sagrados, que antecedem qualquer organização política. Além disso, o processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem, chamados de fundamentais, estabelece uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental (WOLKMER, 2003, p. 3-4 *apud* GIUSTI, 2012, p.13).

Embora as duas Declarações supramencionadas sejam consideradas marco histórico na positivação de Direitos Fundamentais, direitos esses que visam assegurar uma vida mais digna, livre da opressão de qualquer ente Estatal, o problema que permeia sobre tais direitos é sua eficácia, seu respeito e seu reconhecimento (GIUSTI, 2012).

(...) direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento (BOBBIO, 1992, p.16 *apud* GIUSTI, 2012, p.13).

Com a eclosão da Revolução Industrial, torna-se visível, no século XIX, o empobrecimento e a submissão a jornadas e condições desfavoráveis de trabalho da população que deixou o campo para habitarem as cidades, com objetivo de ocupar os postos de trabalho nas indústrias, qual, a partir de sua organização, formou uma nova classe social, o proletariado (GIUSTI, 2012).

Diante de tal fato, houve revolta por parte da organização da classe trabalhadora, com o intuito de reivindicar direitos e a partir de então, houve a afirmação de novos direitos humanos como a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919 (GIUSTI, 2012).

Após essa breve análise evolutiva, torna-se imperioso um estudo acerca das dimensões dos Direitos Humanos, para que seja possível entender como se deu e como ocorre a classificação destes direitos em linha evolutiva. Abordando o conceito e o entendimento das dimensões dos direitos do homem.

A primeira dimensão de Direitos Humanos foi o marco da passagem do Estado autoritário para o Estado de direito, sendo caracterizada pelas liberdades individuais e pelo absenteísmo estatal. Os direitos dessa dimensão abrangem as liberdades públicas, assim como direitos civis e políticos, objetivando principalmente o valor liberdade (SOUSA, 2017). Em complemento, dispõe que,

O titular desses direitos é o indivíduo, tendo por isso, como traço mais característico, a subjetividade. São direitos oponíveis ao Estado, ou seja, constituem direitos de resistência e oposição aos seus eventuais desmandos (SOUSA, 2017, s.p).

Apesar de focar em liberdades individuais, as primeiras constituições e declarações a trazerem os direitos de primeira dimensão também apresentaram alguns direitos de cunho social. Como, por exemplo, a Declaração Francesa de Direitos Humanos, que abrangia a garantia de assistência aos necessitados, assim como o direito de acesso à educação (SOUSA, 2017). No mais, até mesmo, em 1824,

a Constituição do Império do Brasil, motivada pela declaração francesa, previa alguns direitos sociais, como os socorros públicos e a instrução primária gratuita.

Os direitos humanos de primeira dimensão formam, via de regra, a defesa do indivíduo frente ao poder do Estado. Advêm da proteção à liberdade, e apontam as situações em que o Estado deve deixar de interferir em determinados aspectos da vida individual e social. Neste sentido, são as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, isto é, implicam a não interferência do Estado (CASTILHO, 2015). Ainda em lição do mesmo autor, na tradição do constitucionalismo brasileiro, foram nomeados direitos individuais, visando seu alto caráter individualista e constituem, segundo muitos, o núcleo dos direitos fundamentais (CASTILHO, 2015).

Pode-se dizer que a primeira dimensão dos direitos humanos se deu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e teve grande inspiração na Carta Magna, de 1215. São direitos ligados ao liberalismo clássico, encontrando, pois, estímulo no iluminismo racionalista, apoio do pensamento ocidental entre os séculos XVI e XIX. São também intitulados de direitos subjetivos, direitos individuais ou direitos de liberdade e tem por detentores os indivíduos isoladamente considerados (LEITE, 2014).

De acordo com Souza (2017), a primeira dimensão dos Direitos Humanos foi relacionada ao cenário do final do século XVIII, especificamente à independência dos Estados Unidos e a gênese de sua constituição, em 1787 e à Revolução Francesa, em 1789. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o marco dessa dimensão.

No meio de tantas outras disposições, tal declaração previa a garantia de direitos iguais para todos os cidadãos e possibilitava participação política ao povo. Tamanha foi a importância desse texto que, pode-se considerar, até hoje, o documento básico de direitos humanos na história ocidental (CASTILHO, 2015). Em sede de complemento na lição de Malheiro:

Cuida-se das liberdades públicas, orientadas pelos direitos civis e políticos básicos, que surgiram com a Magna Carta (1215), do Rei João Sem Terra. São interesses subjetivos, pois conferem “poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”. Observam-se aqui direitos de aplicabilidade imediata, que infligem o dever de não fazer do Estado. Denotam uma natureza negativa, pois o objetivo é restringir o poder do Estado (MALHEIRO, 2016, p.37).

De acordo com Leite (2014), os direitos civis e políticos, também conhecidos como direitos de primeira dimensão, possui por fundamento a integridade física e psíquica da pessoa, a liberdade e a segurança, possibilitando-lhe a participação no governo e na vida política. Em sede de complemento do mesmo autor,

Pela sua própria natureza, os direitos humanos de primeira dimensão são imediatamente exigíveis ao Estado, a quem cabe precipuamente garanti-los. Vale dizer, os direitos civis e políticos são exercidos contra o Estado e os seus agentes, que tem obrigação de proteger a pessoa contra os abusos de outra pessoa ou do próprio poder político (LEITE, 2014, p. 87).

A segurança e a ininterrupção dos direitos civis e políticos dependem em grande parte da existência de um sistema jurídico que os garanta e os reconheça. Existem algumas constituições, como exemplo, a brasileira de 1988 (CFRB, art. 60, § 4º, IV), que acatam de forma expressa os direitos civis e políticos (direitos e garantias individuais) autênticas cláusulas pétreas. De acordo com Leite (2014), são exemplos de direitos civis e políticos:

Direito à vida: contra a privação da vida e do “desaparecimento”; direito à integridade física: autotortura; direito à liberdade: contra a escravidão e detenção ilegal; direito à igualdade perante a lei; direito à liberdade de expressão; direito ao respeito da vida privada; direito de viver sem violência na família: proteção das mulheres, crianças e pessoas idosas contra a violência doméstica; direito de acesso à informação; direito à livre circulação (refugiados, exilados, migrantes, pessoas deslocadas); direito a uma nacionalidade; direito a participar em qualquer atividade; direito de eleger e ser eleito; liberdade de reunião ou de associação; direito à honestidade administrativa (contra a corrupção praticada por servidores públicos ou governantes) (LEITE, 2014, p. 87).

Porém, é necessário observar que não basta promulgar e positivar tais direitos. Por esse motivo sustentamos que a teoria dos direitos humanos tem o grande objetivo de impulsionar ideias de cunho emancipatórias que possibilitem práticas que propiciem extensão fática da titularização dos direitos civis e políticos às pessoas integrantes dos grupos sociais mais vulneráveis, como as mulheres os pobres, as pessoas com deficiência, os negros, os indígenas.

Sendo assim, os direitos humanos de primeira dimensão envolvem, via de regra, a imposição de uma abstenção ao Estado e garantem aos indivíduos um direito de contradição aos desmandos dos governantes (CASTILHO, 2015). Ainda em

complemento, também fazem parte dessa dimensão os chamados direitos políticos, de modo que é praxe dizer que a primeira dimensão compreende os direitos civis e políticos, além de algumas garantias, como o direito de petição e os remédios constitucionais, como o habeas corpus (CASTILHO, 2015).

2.2 A SEGUNDA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS SOCIAIS, ECONOMICOS E CULTURAIS

No cenário de luta contra o Estado Liberal que surge a segunda dimensão de Direitos Humanos, em consequência de uma nova etapa no Estado de consciência a respeito das necessidades básicas do ser humano, trazidas pela Revolução Industrial (MACIEL; BRABO, 2016). Em sede de complemento,

Na sequência histórica em que evoluíram os acontecimentos, os direitos considerados de primeira dimensão passaram a ser violados sistematicamente. Assim, com o avanço do capitalismo e as mudanças no modo de produção, surgiram lutas pela ampliação dos direitos humanos (MACIEL; BRABO, 2016, p.11).

Os Direitos Humanos de segunda dimensão apresentam as chamadas liberdades positivas do cidadão, ou direitos econômicos, sociais e culturais e visam resguardar a integridade social do homem (MACIEL; BRABO, 2016). Não se tratava mais de considerar o direito à sobrevivência, mas sim “(...) de construir condições para uma vida digna, no mundo do trabalho, dentro do modo de vida capitalista” (PIRES, 2011, p. 52 *apud* MACIEL; BRABO, 2016, p.11).

Os impactos gerados pela industrialização e os graves problemas sociais e econômicos ocasionaram já no século XIX, vastos movimentos de reivindicação e o reconhecimento de forma progressiva dos direitos de segunda dimensão, dando ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 1998, p.49-50 *apud* GIUSTI, 2012, p.16).

Os direitos de segunda dimensão demandam ações positivas por parte dos governantes, justamente em razão do caráter coletivo que lhes é conferido. Ainda, estão voltados ao princípio da igualdade e sua ênfase está nos direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais existe como que uma dívida da sociedade para com o

indivíduo (GORCZEWSKI, 2009, p. 133 *apud* SOVERAL, s.d, p.7). Em lição de Sarlet, pode-se verificar que:

Tais direitos envolvem interesses do proletariado tais como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores, por estes motivos são chamados de direitos sociais. Assim, são denominados por terem sua gênese vinculada às reivindicações das classes menos favorecidas, especialmente a classe operária (SARLET, 1998, p.49-50 *apud* GIUSTI, 2012, p.16).

Os direitos de segunda dimensão, como expõe Wolkmer, “são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público” (WOLKMER, 2003, p.8 *apud* GIUSTI, 2012, p.16). Para Maciel e Brabo, a segunda dimensão de direitos humanos compreende:

O direito à seguridade social, o direito ao trabalho e à segurança no trabalho, ao seguro contra o desemprego, o direito a um salário justo e satisfatório, a proibição da discriminação salarial, o direito a formar sindicatos, o direito ao lazer e ao descanso remunerado, o direito à proteção do Estado e do Bem-Estar-Social, a proteção especial para a maternidade e a infância, o direito a participar da vida cultural da comunidade e de se beneficiar do progresso científico e artístico, a proteção dos direitos autorais e das patentes científicas (NODARI; BOTELHO, 2008, p.137-138 *apud* MACIEL; BRABO, 2016, p.12).

Tais direitos foram proclamados nas Constituições marxistas, na Constituição de Weimar, assim como influenciaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. (GIUSTI, 2012). As principais fontes legais institucionalizadas dos direitos dessa dimensão estão positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional de 1934 do Brasil (WOLKMER, 2001).

Nas primeiras décadas do século XX, os direitos humanos de segunda geração foram incluídos na ordem jurídica de alguns Estados, e nas constituições Mexicana (1917), Russa (1918) e da República de Weimar, na Alemanha (1919). A Constituição Mexicana de 1917 foi um grande marco de proteção aos direitos sociais, pois seu foco dava-se em relação ao nacionalismo, à reforma agrária e à hostilidade quanto ao poder econômico (TOSE, s.d, s.p). No mesmo sentido, pelas palavras de Batista, “A

Constituição Mexicana de 1917 foi a que primeiro sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem, sem romper, no entanto, com o regime capitalista” (BATISTA, s.d, p.7). Em complemento, Comparato afirma,

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX” (COMPARATO, 2003, p.107).

Torna-se mister mencionar o fato de que a Constituição Mexicana, em revide ao sistema capitalista, foi a primeira a firmar a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela estabeleceu o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Tornou ilegítimo, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e, portanto, da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar (COMPARATO, 2003).

A Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), também teve grande influência, a qual visava reestruturar a Alemanha em virtude da primeira Guerra Mundial, a qual agravou da situação social do país (TOSE, s.d, s.p). Pelas palavras de Batista, verifica-se que:

A Constituição de Weimar, de 1919, começa seu Livro II com os “Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães”. No regime capitalista, os direitos sociais e econômicos estão reconhecidos e garantidos ao lado dos direitos individuais (BATISTA, s.d, p.8).

Em complemento de Fabio Konder Comparato,

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em

vários países após o trágico interregno nazifascista e a 2ª Guerra Mundial (COMPARATO, 2003, p.115).

A Constituição de Weimar, em 1919, percorreu a mesma via da Carta Mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, determinaram matérias que já se encontravam dispostas na Constituição Mexicana: o desemprego, a proteção da maternidade, a limitação da jornada de trabalho, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria (COMPARATO, 2003, p.107).

Além dessas constituições, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pelo tratado de Versalhes (1919), colaborou para o desenvolvimento da realidade sociopolítica e para a abrangência dos direitos humanos, que deixaram de ser compreendidos apenas como direitos individuais e passaram a integrar o entendimento dos direitos coletivos de cunho social (MACIEL; BRABO, 2016). Em seu magistério, Bonavides, leciona que,

Os direitos sociais fizeram nascer à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, também é necessário proteger a instituição, buscando uma realidade social mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade. Isso caracteriza o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados a valores sociais que demandam realização concreta, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para a concretização de tais direitos (BONAVIDES, 2008, p. 564- 565 e 567 *apud* GIUSTI, 2012, p.16).

Como bem assevera Celso Lafer, esses direitos tratam-se de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Em tom de desenvolvimento, tais direitos, como o direito ao trabalho, à saúde, à educação possuem como sujeito passivo o Estado, pois foi a coletividade que arcou com a responsabilidade de atendê-los. O detentor desse direito, todavia, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade (LAFER, 1998, p.127 *apud* WOLKMER, 2001, p.15).

Ainda no cenário do século XX, após grandes conflitos sociais, novas reivindicações sociais passaram a fazer parte do cenário internacional e das sociedades contemporâneas. As condições para a ampliação dos direitos humanos surgiram através de novas contradições e confrontos que reclamavam respostas no sentido da promoção do bem comum e da garantia e proteção da vida e dos direitos

civis e sociais. Surge, então, a próxima dimensão dos direitos humanos (MACIEL; BRABO, 2016).

2.3 A TERCEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS DIFUSOS E TRANSINDIVIDUAIS

Agora no século XX, levando em consideração a existência de um mundo fragmentado entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, assim como a tecnologia de ponta empregada pelos países desenvolvidos, ameaçando, aguçando o pessimismo, talvez o realismo e até a existência da própria humanidade. Assim sendo, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos, ocasionou o surgimento de uma nova dimensão de direitos, sendo esta a terceira dimensão de direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2000 *apud* GIUSTI, 2012). Em sede de complemento, Maciel e Brabo asseveram que,

Surge então, a terceira geração de direitos humanos com dimensão internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 e da Declaração Universal dos Direitos dos Povos de 1976. Vários são os documentos internacionais, pactos e encontros sobre direitos humanos que foram acontecendo com o intuito de complementar, aprofundar e buscar caminhos jurídicos orientados à efetivação de determinados aspectos da DUDH, dentre os quais podemos citar a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972) (MACIEL; BRABO, 2016, p.13).

Igualmente, de acordo com o magistério apresentado por Leite e Ayala, também vale observar que o nascimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão está inteiramente voltado aos seguintes fatores:

A veiculação de novos processos e técnicas de produção, associados à modificação das relações de apropriação econômica dos bens de produção, e a tecnicização dos processos de gestão e legitimação do conhecimento que caracterizam um novo perfil do capitalismo e o desenvolvimento das sociedades industriais do século XX são referenciais que provocaram profundas transformações não apenas

sobre a forma de organização das relações econômicas e sociais, mas, sobretudo sobre o modo como seriam, a partir desse momento, definidas e legitimadas as relações de poder, bem como as condições do seu exercício, de acordo com as novas qualidades de conflitos até então desconhecidas das instituições, exigindo, por sua vez, formas diferenciadas de atuação institucional, conjugadas com a especificação de novos objetivos políticos da parte dos Estados (LEITE; AYALA, 2004, p. 11 *apud* GIUSTI, 2012, p.17).

Em sede de complemento, Leite expõe que,

Com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social que se observa uma profunda transformação nas relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas em escala mundial, como resultado do surgimento dos conglomerados urbanos, das metrópoles, da explosão demográfica, da produção e do consumo de massa, do nascimento dos cartéis, da hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, dos meios de comunicação de massa, da Internet, da propaganda maciça. Como consequência, os Estados passaram a reconhecer que não apenas os direitos, mas também alguns interesses como os metaindividuais, deveriam ser igualmente protegidos (LEITE, 2014, p.95).

De acordo com o lecionar de Bonavides (2008, p. 569): “(...) direitos da terceira geração não destinam especificamente à proteção de um indivíduo, (...), têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Tais direitos não estão associados ao homem de forma individual, e, nem, a determinada classe social. Os direitos de terceira dimensão encontram-se ligados a interesses da coletividade, como a paz, a qualidade de vida, o direito à comunicação, ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico cultural (GIUSTI, 2012).

São direitos de terceira dimensão os direitos metaindividuais, ou seja, se caracterizam pela indeterminação dos titulares dos interesses, indeterminação (um grupo mais ou menos indeterminado de indivíduos). Tais direitos se caracterizam pela sua indivisibilidade, ou seja, a satisfação ou lesão do interesse não se pode dar de modo fracionado para um ou para alguns dos interessados e não para outros (WOLKMER, 2003, p. 10 *apud* GIUSTI, 2012, p.17).

Sendo assim, são chamados direitos coletivos da humanidade, pois não são destinados especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado, entretanto possuem como destinatário o gênero humano. São os direitos de fraternidade, como o direito ao desenvolvimento, o direito

à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à proteção do patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação (PIOVESAN, 2002 *apud* MACIEL; BRABO, 2016). Para André Ramos Tavares,

Fala-se em interesses metaindividuais ou transindividuais para significar aquela parcela de interesses que pertencem a um grupo razoavelmente extenso de pessoas, que os titularizam e que possuem uma característica em comum, que as une, ainda que se trate de um laço de união extremamente débil. Essa faixa de interesses situa-se numa faixa intermediária entre os clássicos direitos individuais, de um lado, e o direito público, de outro. Poder-se-ia denominá-los, igualmente, interesses coletivos *lato sensu* (TAVARES, 2002, p.596).

A autora Benevides, complementa que a terceira dimensão de direitos refere-se “(...) à defesa ecológica, à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à partilha do patrimônio científico, cultural e tecnológico” (BENEVIDES, 2002, p. 128 *apud* MACIEL; BRABO, 2016, p.15).

Os direitos de terceira geração apresentam dificuldade para a teoria jurídica, já que, ao contrário dos direitos liberais e sociais, são direitos difusos, difíceis de limitar. Por exemplo, o direito ao meio ambiente, consiste num direito dever, na medida em que a pessoa é titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também tem o dever de preservá-lo (MACIEL; BRABO, 2016). A relação existente entre direitos humanos e meio ambiente pode ser considerada inevitável atualmente. Sem a existência de uma natureza ecologicamente equilibrada, é impossível viver efetivamente os direitos expostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (RESENDE; REIS, s.d).

Nesse ínterim, destaca-se que os direitos humanos e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado estão resguardados constitucionalmente e relacionados, pois ambos buscam a preservação da vida e procuram garantir a sobrevivência do planeta e dos seres humanos. Não podem ser vistos de forma separada, dado que a transgressão deles tem ocasionado múltiplos desequilíbrios ambientais, resultando em consequências, muitas vezes irreversíveis, que colocam em risco a existência da espécie humana e dos recursos naturais necessários para a manutenção vital do planeta (RESENDE; REIS, s.d).

No desenvolvimento dos direitos humanos, o meio ambiente foi visto como sendo direito de terceira geração. A Declaração De Estocolmo Sobre Meio Ambiente

Humano de 1972 foi criada por meio de diálogo entre as nações, com o objetivo de lidar com os temas elencados na tutela ambiental (RESENDE; REIS, s.d).

Neste contexto, A proteção à natureza pode ser considerada uma forma de garantir a efetivação dos direitos humanos, visto que, no momento em que acontece um dano ao ambiente, também ocorre descumprimento aos demais direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade e a proteção física (RESENDE; REIS; s.d). Em seu primeiro princípio, a Declaração de Estocolmo proclama explicitamente a preocupação com o meio ambiente e com o ser humano, ao mesmo tempo:

O homem é, a um tempo, resultado e artífice do meio que o circunda, o qual lhe dá o sustento material e o brinda com a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Na longa e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa na qual, em virtude de uma rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, por inúmeras maneiras e numa escala sem precedentes, tudo quanto o rodeia. Os dois aspectos do meio humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para que ele goze de todos os direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Sendo assim, a preservação do Meio Ambiente equilibrado muito mais que o interesse dos seres humanos, deve ir adiante para que as futuras gerações usufruam o bem-estar indispensável à qualidade de vida que todos queremos (RESENDE; REIS, s.d). A Declaração de Estocolmo de 1972, em seu segundo e quinto princípios, assim
asseverava:

Princípio 2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada. Princípio 5 - Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Outrossim, em 1992 corroborou a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: “Princípio 3 - O direito ao desenvolvimento deve exercer-se de forma tal que responda equitativamente às necessidades de

desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Verifica-se, dessa forma, que o meio ambiente equilibrado mais que um direito dos atuais seres humanos, ocasiona um dever para todos indivíduos, qual seja: a preocupação com as futuras gerações. Todas as Nações devem tentar manter o meio ambiente digno e saudável para que todos os povos, de qualquer classe econômica e social, incluindo as futuras gerações, fiquem protegidos (RESENDE; REIS, s, d).

2.4 NOVAS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS? OS DIREITOS DE QUARTA E QUINTA DIMENSÕES EM EXAME.

Ainda não há concordância no que diz respeito à existência de direitos humanos de quarta e de quinta dimensões. Contudo, apesar de não existir um consenso sobre isto, deve-se registrar o que representariam essas duas outras dimensões. Deste modo, a quarta dimensão refere-se a direitos à biotecnologia, bioética e engenharia genética, lidando com questões “ético-jurídicas relativas ao início, ao desenvolvimento, à conservação e ao fim da vida humana” (GORCZEWSKI, 2009, p. 139 *apud* SOVERAL, s.d, p.8).

Esses direitos eclodiram no final do século XX e são os novos propulsores das discussões do novo milênio (WOLKMER, 2003 *apud* SOVERAL, s.d, p.8). Diferentemente, segundo Paulo Bonavides, a quarta dimensão de direitos surge da globalização política, tão necessária para atenuar os efeitos devastadores do neoliberalismo tirado da globalização econômica deste final de século XX (BONAVIDES, s.d, p.524 *apud* LEITE, 2014, p.97). Ainda de acordo com o mesmo autor, são direitos de quarta dimensão, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Por sua vez, Antonio Carlos Wolkmer defende que os direitos de quarta dimensão são,

Os direitos referentes à biotecnologia, à bioética 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 intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção e outros (WOLKMER, s.d, p.10 *apud* LEITE, 2014, p.98).

Como a sociedade está em constante processo de transformação, os direitos acabam acompanhando essas mudanças, e assim vão nascendo novos direitos com o objetivo de atender as necessidades existentes dentro dessa sociedade mutável. (GIUSTI, 2012). A necessidade de reconhecimento desses novos biodireitos advém da necessidade de se criarem regras internacionais de proteção do indivíduo contra as práticas de engenharia genética que coloquem em risco a dignidade e o bem-estar da pessoa humana (LEITE, 2014).

Neste viés, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos levou em consideração os velozes progressos da ciência e da tecnologia, que cada vez mais influenciam a nossa concepção da vida e a própria vida. Igualmente, reconheceu que as questões éticas suscitadas pelos rápidos progressos da ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser checadadas tendo o devido respeito pela dignidade da pessoa humana e o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (RANGEL, s.d). A presente Declaração apresenta os seguintes objetivos:

(a) Proporcionar um enquadramento universal de princípios e procedimentos que orientem os Estados na formulação da sua legislação, das suas políticas ou de outros instrumentos em matéria de bioética; (b) orientar as ações de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas, públicas e privadas; (c) contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos; (d) reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais; (e) fomentar um diálogo multidisciplinar e pluralista sobre as questões da bioética entre todas as partes interessadas e no seio da sociedade em geral; (f) promover um acesso equitativo aos progressos da medicina, da ciência e da tecnologia, bem como a mais ampla circulação possível e uma partilha rápida dos conhecimentos relativos a tais progressos e o acesso partilhado aos benefícios deles decorrentes, prestando uma atenção particular às necessidades dos países em desenvolvimento; (g) salvaguardar e defender os interesses das gerações presentes e futuras; (h) sublinhar a importância da biodiversidade (RANGEL, s.d, s.p).

Os Estados devem dedicar-se por impulsionar a educação e a formação em matéria de bioética a todos os níveis, a fim de promover os princípios dispostos na

Declaração e garantir uma melhor compreensão das implicações éticas dos progressos científicos e tecnológicos, em particular entre os jovens, além de estimular os programas de informação e de difusão dos conhecimentos relativos à bioética (RANGEL, s.d).

Nodari e Botelho (2008) sustentam que a quarta dimensão de direitos é uma nova classe destes, ainda em discussão, que se remete a um compromisso de deixar o mundo em que vivemos melhor para as futuras gerações (NODARI; BOTELHO, 2008 *apud* MACIEL; BRABO, 2016).

A modernidade ocidental, bem como a conquista dos direitos humanos, se constituíram num movimento dialético. Em relação à conquista de direitos, enquanto os direitos civis e políticos, considerados direitos de primeira dimensão surgiram a partir de uma luta da sociedade civil contra o Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais (referentes à segunda dimensão de direitos humanos) pressupõem que o Estado é o principal gerente de direitos humanos (MACIEL; BRABO, 2016, p.15).

A passagem do século XX para o XXI reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade virtual, ou seja, a formação dos direitos de quinta dimensão. Quanto a esta dimensão, refere-se àqueles direitos,

Advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas (OLIVEIRA JÚNIOR, 1997, p.199-200 *apud* SOVERAL, s.d, p.8).

Do mesmo modo, Antonio Carlos Wolkmer fala em direitos de quinta dimensão, que seriam, em suas palavras, “os direitos virtuais que são direitos advindos das tecnologias da informação (internet) do ciberespaço e da realidade virtual em geral” (WOLKMER, s.d, p.12 *apud* LEITE, 2014, p.98).

Vale observar que, esses novos direitos virtuais que utilizam o ciberespaço como meio são carentes de normatização em nível mundial e regional para se preservar outros direitos humanos, como o direito à privacidade, à intimidade, à segurança, à informação, entre outros (LEITE, 2014). Conforme dito acima, a sociedade está em constante evolução e os direitos vão surgindo conforme as necessidades vão aparecendo, sendo assim:

Ainda que fossem necessários, os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder (BOBBIO, 1992, p. 6 *apud* SOVERAL, s.d, p.9).

Conforme Tosi (2005) e Piovesan (2002) deve-se compartilhar o entendimento de que uma dimensão de direitos não substitui a outra, nem, tampouco, estão dissociadas. São dimensões que se comunicam, estão organicamente relacionadas, de tal forma que uma dimensão de direitos complementa e se realiza junto com as outras. Acrescentamos que a divisão em categorias de direitos, mesmo quando entendida sob o olhar de linearidade histórica, ou seja, como evolução da implementação de direitos, cede espaço aos já firmados conceitos de indivisibilidade e interdependência e, sobretudo, cede espaço ao fato de que todas as categorias encontram seu ponto de convergência na dignidade humana (TOSI, 2005; PIOVESAN, 2002, *apud* MACIEL; BRABO, 2016).

Sendo assim, as dimensões dos direitos humanos foram apresentadas, observando-se que ainda existem outras gerações que são discutidas por outros doutrinadores, mas em razão do propósito do presente trabalho, a explanação, limita-se apenas a estas cinco.

3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS PRISIONAIS

Ao longo do tempo e de diferentes contextos históricos e sociais, surgiram os Direitos Humanos, com seu conceito firmado na ideia de liberdade e igualdade perante a lei. Na antiguidade, ainda nos primórdios, antes da era cristã, já havia a busca por esses direitos como uma forma de limitar o poder dos soberanos, buscava-se o fortalecimento dos direitos do homem. Atualmente vivemos em um mundo repleto de desigualdades e injustiças das mais diversas, ou seja, violações desses direitos básicos. Em países em processo de desenvolvimento, como é o caso do Brasil, essas violações são ainda mais evidentes.

O presente trabalho trata especificamente dos direitos humanos femininos na esfera carcerária. Ao longo dos séculos a mulher tem sido alvo de abusos e violências, não só em situações de guerra, mas também no próprio seio familiar, elas têm tido uma participação relevante para a ampliação do alcance dos Direitos Humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 resultou numa importante mudança no paradigma dos direitos, no que se refere à igualdade de gênero. Ao mesmo tempo em que o país evoluiu em seu marco legal, o número de mulheres detentas vem crescendo a cada dia e conforme informações abordadas abaixo se observa que a realidade carcerária do Brasil não tem estrutura para oferecer o mínimo de dignidade.

Com isso, a fim de preservar não só a dignidade humana como também a integridade física das mulheres, o Supremo Tribunal Federal deu um importante passo no que se trata aos Direitos Humanos. Dessa maneira, a mulher gestante ou mãe de crianças de até doze anos que esteja presa sem condenação, poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, preservando dessa forma não só a mulher, mas também a criança, que de forma alguma necessita vivenciar a realidade hostil do cárcere.

Considerando que os direitos humanos se encontram em constante processo de construção e reconhecimento, no Brasil, o entendimento pretoriano avança, em decorrência das violações reiteradas à população prisional, especialmente as mulheres, em favor dos direitos humanos prisionais femininos como consectário e desdobramento da dignidade da pessoa humana.

A garantia dos Direitos Humanos Femininos Prisionais foi uma grande e importante mudança de cultura além de ser um passo importantíssimo para a

superação do encarceramento em massa feminino. Inicialmente, vale observar dados do Conselho Nacional de Justiça:

Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes



Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Matheus Durães / Arte CNU

Figura 01. Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes. **Fonte:** Conselho Nacional de Justiça, 2017.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres), verifica-se que:

Entre os 1.478 estabelecimentos penais do país, nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche, nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN MULHERES, 2017, p.18-19 *apud* LEWANDOWSKI, 2018, p.10).

De acordo com as informações acima podemos compreender que o Estado brasileiro não é capaz de garantir direito à maternidade segura e estrutura mínima de cuidado pré-natal para as gestantes que se encontram em situação de cárcere. Outro

ponto bastante levantado pelos ministros é a transferência da pena das mulheres para seus filhos, nesse contexto afirmaram os assistentes e membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos:

(...) e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa (ALMEIDA *et al*, 2018, p.4).

Ante o delineado sobre a transferência de pena das mulheres para seus filhos, a Defensoria Pública do Estado do Ceará (2018), requereu o emprego do princípio da primazia dos direitos da criança e do princípio da intranscendência, tal qual a pena não pode ser passada da pessoa do condenado, assegurando que tais princípios têm sido feridos sistematicamente pela manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e com superlotação.

Sendo assim, diante das violações que afrontam toda uma comunidade, a segunda turma da Suprema Corte conferiu remédio coletivo em defesa das gestantes e mães de crianças com idade até doze anos, a determinação se estendeu a adolescente em circunstância parecida a do sistema socioeducativo, se estendeu também a mulheres que possuem tutela de pessoas portadoras de deficiência. Como se pode observar, os Direitos Humanos encontram-se em constante processo de alargamento, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua segunda turma de ministros, reconheceu os denominados Direitos Humanos Prisionais Femininos. De acordo com o lecionar de Lima:

Tratar da mulher no sistema penitenciário apresenta um dilema, pois a esta sempre coube cuidar da família, dos afazeres domésticos, dos filhos, e essa é a imagem associada no imaginário social, como alguém frágil e dócil. Como poderia, ela, então, estar confinada por descumprir as regras sociais? (LIMA, 2006, p. 11 *apud* COLOMBAROLI, s.d, p.3).

Na visão de Borges,

O tratamento prisional para a encarcerada é pior que o dispensado aos homens, que também têm precárias condições no cárcere, porém, a desigualdade de tratamento é patente e decorrente de questões culturais vinculadas à visão da mulher como presa e com direitos ao

tratamento condizente com as suas peculiaridades e necessidades, próprias da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal explicitada no artigo 5º, inciso XLVIII, segundo o qual “... a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado...” (BORGES, 2005, p.87 *apud* COLOMBAROLI, s.d, p.3).

Ainda em sede de completo, afirma Castilho:

[...] a prisão para a mulher é um espaço discriminador e opressivo, que se expressa na aberta desigualdade do tratamento que recebe, no sentido diferente que a prisão tem para ela, nas consequências para sua família, na forma como o Judiciário reage em face do desvio feminino e na concepção que a sociedade atribui ao desvio (CASTILHO, 2007, p.38 *apud* COLOMBAROLI, s.d, p.4).

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski e o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe (LEWANDOWSKI, 2018; ALMEIDA *et all*, 2018). Frente a essas violações de direitos, a Suprema Corte concedeu *habeas corpus* coletivo em nome de todas as mulheres gestantes e mães de crianças com até doze anos de idade, que estejam cumprindo prisão preventiva. A decisão se estendeu a mulheres que tenham sob tutela pessoas com necessidades especiais e também as adolescentes em situações semelhantes do sistema socioeducativo.

O remédio constitucional consiste em substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar para as mulheres nas situações acima citadas, em exceção das mulheres que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça contra os próprios filhos. Sendo assim, analisou o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto que o Supremo deverá ficar responsável todos os processos, em que o número chega a 100 milhões, a cargo de apenas 16 mil juízes e para construir mais isonomia, aplicar remédios constitucionais de maior abrangência e que as lesões aos direitos sejam corrigidas mais rapidamente.

3.1 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA PENA

Em seu artigo 39, o Código Penal Brasileiro dispõe que as penas devem ser fundamentais e capazes à prevenção e reprovação do crime, ou seja, que a pena imposta valha como uma solução justa entre o mal praticado, a ação praticada pelo agente e a prevenção de futuros delitos penais, porém, sem que sejam ofendidos os direitos de personalidade e a dignidade humana do condenado (BRASIL, 1940).

Considerada uma das mais ágeis reações do Direito, a pena representa a forma mais severa de administração da convivência pacífica dos cidadãos, mas é ao mesmo tempo, o mecanismo que os deixa menos livres. De acordo com Damásio de Jesus, é imperioso dizer que

Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos. Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal (JESUS, 2014, p.563).

Em sede complemento, Rogério Greco aponta que

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi* (GRECO, 2015, p. 533).

A pena é tida como a mais importante das consequências jurídicas do delito, por consistir na privação ou restrições de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal (PRADO, 2009, p.488 *apud* LOPES *et all*, s.d, p.5). Quando da ocorrência de uma ação criminosa, tem-se para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*), tendo que iniciar uma investigação preliminar a respeito da existência do crime (inquérito policial) quando ainda não existem elementos suficientes para o início da ação penal.

Durante a ação penal, de titularidade do Ministério Público e, em via de exceção, do particular, a autoria e a materialidade serão analisadas no sumário de culpa, objetivando à decisão final do julgado. Desta feita, sendo a sentença final condenatória e decorrido o prazo para o seu trânsito em julgado, nasce para o Estado o direito de exigir que o sentenciado cumpra a pena que lhe foi imposta, visando assegurar a eficácia de sua finalidade, ou seja, a repressão ao infrator e a prevenção social (LOPES *et all*, s.d).

Os ideais de igualdade e de liberdade, proventos do Iluminismo, atribuíram ao Direito Penal um cunho formal menos cruel do que aquele que preponderou durante o Estado Absolutista, estabelecendo limites à intervenção estatal nas liberdades dos indivíduos. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam apoio constitucional, como forma de garantir máximo respeito aos direitos fundamentais do cidadão (BITTENCOURT, 2012). Em complemento, o mesmo autor sustenta que

Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. Eles estão localizados já no preâmbulo da nossa Carta Magna, onde encontramos a proclamação de princípios como a liberdade, igualdade e justiça, que inspiram todo o nosso sistema normativo, como fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, orientador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição que, como consequência, também são orientativas para a interpretação das normas infraconstitucionais em matéria penal (MORAIS, 2000, p. 46-47 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.87).

É no art. 5º da Carta Magna de 1988 em que se encontram os princípios constitucionais específicos em matéria penal, os quais a função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, com base em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista (BITTENCOURT, 2012). Além disso, de acordo com Muñoz Conde e Garcíá Arán,

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 1991, p.74 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.89).

O princípio da legalidade advém da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, isto é, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, logo, a tipificação da conduta como crime deve ser anterior à ação praticada. Vale lembrar que este princípio possui origem na Constituição, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXIX, e, também, no Código Penal, em seu artigo 1º (SANTOS, 2017).

Neste ínterim, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (1991), apontam que tal princípio constitui uma efetiva limitação ao *ius puniendi* do Estado. Ainda que seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento passou por um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 1991 *apud* BITTENCOURT, 2012).

O princípio da legalidade é um princípio incontestável que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado (MARTINEZ, 1990 *apud* BITTENCOURT, 2012). Em sede de complemento, Bittencourt (2012), de forma ilustre, conclui afirmando que,

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inciso. XXXIX determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BITTENCOURT, 2012, p.90).

Por sua vez, o princípio de reserva legal significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, em acordo com as previsões constitucionais a respeito. Nesse sentido, o art. 22, I, da Constituição brasileira dispõe que compete de forma privativa à União legislar sobre Direito Penal (BITTENCOURT, 2012).

A adoção expressa dos princípios supracitados revela que o nosso ordenamento jurídico assegura a exigência de segurança jurídica impetrada pelos iluministas. Ademais, para aquelas sociedades que, como a brasileira, estão estruturadas através de um sistema político democrático, o princípio da legalidade e da reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto de acordo democrático (BITTENCOURT, 2012).

De acordo com Rogério Greco, o Direito Penal apenas deve preocupar-se com o resguardo dos bens mais necessários e importantes para a configuração da vida em sociedade (GRECO, 2015). Sendo assim, complementa afirmando que,

O legislador, por meio de critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal (GRECO, 2015, p.97).

Imperioso, ainda, observar que assim percebe-se um princípio limitador do poder punitivo do Estado e Muñoz Conde neste sentido preleciona que tal poder do Estado deve estar limitado e dirigido pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quer-se dizer que o Direito Penal apenas deve intervir em casos de graves ataques aos bens jurídicos considerados mais importantes. Sem embargos, são objetos de outros ramos do Direito as perturbações mais leves previstas no ordenamento jurídico (MUÑOZ CONDE, 1975 *apud* GRECO, 2015). Neste sentido, Greco, categoricamente, afirma:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores (GRECO, 2015, p.97).

O Direito Penal deve, assim, intervir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser requerido apenas quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem suficientes para resguardar os bens jurídicos considerados de maior importância (GRECO, 2015). Cezar Roberto Bittencourt é imperioso em sua lição, ao lecionar que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio

necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITTENCOURT, s.d, p.32 *apud* GRECO, 2015, p.98).

Na precisa lição de Luiz Regis Prado,

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (PRADO, 1999, p.83 *apud* GRECO, 2015, p.105).

O princípio da adequação social possui dupla função. Uma é a de conter o âmbito de alcance do tipo penal, limitando a sua interpretação, e excluindo dele as condutas tidas como socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é voltada ao legislador em dois aspectos. O primeiro deles instrui o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com o objetivo de resguardar os bens considerados mais importantes.

Assim, se a conduta alvejada pelo legislador for considerada adequada, não poderá ele restringi-la utilizando o Direito Penal (GRECO, 2015). Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. O segundo aspecto destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e exclua do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram bem à evolução da sociedade. Sendo assim, nesta última função, o princípio da adequação social destina-se primordialmente ao legislador, conduzindo-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, assim como na revogação de tipos penais (GRECO, 2015).

Ademais, em decorrência dos princípios da intervenção mínima e da adequação social tem-se o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O cunho fragmentário do Direito Penal quer dizer, em suma, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito

Penal, resultando-se, assim, a sua espécie fragmentária (GRECO, 2015). Em lição de Muñoz Conde,

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente em castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância (MUÑOZ CONDE, 1975, p.71-72 *apud* GRECO, 2015, p.109).

Como muito bem destaca Eduardo Medeiros Cavalcanti,

O significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal (CAVALCANTI, 2005, p.302 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.99).

Nem todas as condutas que violam bens jurídicos são vedadas pelo Direito Penal, assim como nem todos os bens jurídicos são por ele resguardados. O Direito Penal limita-se a punir as ações mais graves praticadas em face dos bens jurídicos mais importantes, sobrevivendo daí o seu cunho fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica (BITTENCOURT, 2012).

Isso, segundo Régis Prado, é o que se designa como caráter fragmentário do Direito Penal. Realiza-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível importância quanto à intensidade e gravidade da ofensa (PRADO, 1992, p.52 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.100). Muñoz Conde, dissertando sobre o princípio em tela, aduz,

Apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações que possam ser consideradas como imorais, como a homossexualidade, a infidelidade no matrimônio ou a mentira

(MUÑOZ CONDE, 1975, p.72 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.100-101).

Em suma, o caráter fragmentário do Direito Penal indica que o Direito Penal não deve impor sanções a todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Além do mais, tal princípio soa de maneira decisiva tanto na delimitação de seu conteúdo específico como na determinação da função que deve cumprir a norma penal (BITTENCOURT, 2012).

Por sua vez, o princípio da insignificância surgiu no Direito Civil, oriundo do axioma *de minimus non curat praetor*. Melhor dizendo, o Direito Penal não deve ocupar-se de assuntos insignificantes, isto é, incapazes de lesar o bem jurídico legalmente resguardado. Nesta linha, na década de 1970, foi incorporado ao Direito Penal pelos estudos de Claus Roxin (MASSON, 2014). Destarte, a insignificância ou irrelevância de determinada conduta deve ser analisada não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação a intensidade do dano, isto é, pela dimensão da lesão causada, como, por exemplo, nas palavras de Roxin,

Maus-tratos não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade (ROXIN, 1972, p.53 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.110).

Concluindo, a irrelevância da ofensa afasta a tipicidade. Porém essa irrelevância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni,

A insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada (ZAFFARONI, s.d, p.474 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.111).

Elencado expressamente no art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal, encontra-se o princípio de justiça segundo o qual se deve conferir a cada indivíduo o que lhe é

devido, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento, o que, em matéria penal, significa a infligção da pena levando em consideração não a norma penal em abstrato, mas, principalmente, os aspectos objetivos e subjetivos do crime (MASSON, 2014). Sendo assim, tal artigo preconiza:

Art. 5º [...]:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

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

Ao interpretar o texto constitucional, pode-se concluir que o primeiro momento da individualização da pena, ocorre com a seleção realizada pelo legislador, quando escolhe determinadas condutas, positivas ou negativas, que atingem nossos bens mais relevantes para fazerem parte do pequeno campo de abrangência do Direito Penal. Ocorrida a seleção, o legislador avalia as condutas, aplicando-lhes penas que variam de acordo com a relevância do bem a ser resguardado (GRECO, 2015).

Por exemplo, a proteção à vida, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para proteger o patrimônio; um delito cometido a título de dolo terá sua pena maior que aquele cometido culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado etc (GRECO, 2015). Na precisa lição de Mirabete,

Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um (MIRABETE, 2004, p. 60-61 *apud* GRECO, 2015, p.121).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já determinava expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada (BITTENCOURT, 2012). Atualmente, muito se tem discutido a respeito do princípio da proporcionalidade, o qual as raízes, embora remontem à Antiguidade, somente conseguiram estabilizar-se durante o iluminismo,

principalmente com a obra de título *Dos Delitos e das Penas*, de autoria do Marquês de Beccaria: em seu §XLII, Cesare Bonessana concluiu que, “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (GRECO, 2015). Alberto Silva Franco, a respeito do presente princípio, aduz:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelecer-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade (SILVA FRANCO, 2000, p.125 *apud* GRECO, 2015, p.125).

Com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente será justo quando o montante das violências, como crimes, vinganças e punições arbitrárias que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que determinar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los (BITTENCOURT, 2012).

Sendo assim, a princípio, e no plano abstrato, o legislador deve, sempre atento, procurar alcançar a tão almejada proporcionalidade (COPETI, 2000, *apud* GRECO, 2015). Afora o expendido, sabe-se que a tarefa não é fácil, pois em razão do grande número de infrações penais presentes no nosso ordenamento jurídico penal, torna-se cada vez mais difícil o raciocínio da proporcionalidade (FERRAJOLI, 2002 *apud* GRECO, 2015).

A quase proporção, é evidente, encontra-se na lei de talião, ou seja, olho por olho, dente por dente. Por mais que aparenta ser proporcional, o talião ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, pilar indispensável em uma sociedade na

qual se tem como alvo a dignidade da pessoa humana. Por essa razão, o legislador constituinte se preocupou em consignar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito (GRECO, 2015).

Assim sendo e partindo para o próximo princípio, culpabilidade remete-se ao juízo de censura, de reprovabilidade que se faz frente a conduta típica e ilícita realizada pelo agente. A conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo, fica conhecida como censurável ou reprovável (GRECO, 2015). Na lição precisa de Miguel Reale,

Reprova-se o agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar de conformidade com o direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei (...) culpabilidade é um juízo sobre a formação da vontade do agente (REALE JÚNIOR, 1998, p.85-86 *apud* GRECO, 2015, p.139).

Ou ainda nas palavras de Assis Toledo,

Deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença fundada na experiência da vida cotidiana de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, 'agir de outro modo' (TOLEDO, 1994, p.86-87 *apud* GRECO, 2015, p.139).

De acordo com os ditames advindos do princípio da culpabilidade, em seu aspecto mais elementar, “não há crime sem culpabilidade”. Ainda assim, o Direito Penal primitivo marcou-se pela responsabilidade objetiva, ou seja, apenas pela produção do resultado. Entretanto, essa modalidade de responsabilidade está praticamente extinta do Direito Penal atual, vigendo o princípio *nullum crimen sine culpa* (BITTENCOURT, 2012).

A culpabilidade, como aduz Muñoz Conde, não constitui um fenômeno isolado, individual, a qual afeta somente o autor do delito, mas sim um fenômeno social (MUÑOZZ CONDE, 1985 *apud* BITTENCOURT, 2012). Ainda em complemento, o mesmo autor assinala que

Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da

não liberdade (MUÑOZ CONDE, 1985, p.63 *apud* BITTENCOURT, 2012, p.115).

Colocando em suma, portanto, com Carlos Parma,

Quando nos referimos à culpabilidade podemos fazê-lo em diferentes sentidos. Por um lado, fazemos referência ao conceito de culpabilidade que se refere à fundamentação da pena em si; somente podemos aplicar uma pena ao autor de um fato típico, antijurídico e culpável. Também nos referimos à culpabilidade em relação ao fundamento para determinação da pena. Não o utilizamos para fundamentar a pena em si, senão para determinar a sua graduação: gravidade, tipo e intensidade. O terceiro conceito caracteriza a culpabilidade como o oposto à responsabilidade pelo resultado (PARMA, 1997, p.113 *apud* GRECO, 2015, p.142).

Não resta dúvida de que o princípio de culpabilidade simboliza uma garantia fundamental dentro do processo de atribuição de responsabilidade penal, surtindo efeito diretamente na composição da culpabilidade enquanto categoria dogmática (BITTENCOURT, 2015).

3.2 DIREITOS FEMININOS PRISIONAIS

O grande aumento do número de mulheres que cumprem pena privativa de liberdade, no Brasil, demonstra a crescente presença feminina em ações criminosas. Concomitantemente, a visão sobre a realidade dos cárceres femininos comprova o quanto o sistema penitenciário não possui preparo para lidar com as especificidades de gênero (PIMENTEL, s.d). Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ligado ao Ministério da Justiça, representam o intenso crescimento da população carcerária feminina na última década, proporcionalmente maior do que o aumento que aconteceu no universo masculino (BONINI; GARCIA, 2017). Diuana, Corrêa e Ventura, asseveram com maestria:

Em sua maioria, elas são jovens, negras e pardas, pobres, com baixa escolaridade, vivendo nos bairros mais carentes das grandes cidades. Delas, 68% foram presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas, muitas vezes por morarem junto com os companheiros e filhos em casas onde as drogas estavam sendo guardadas ou ainda por estarem levando drogas para o companheiro ou filho na prisão. Em 30% dos casos, elas estão presas sem sentença condenatória, o que traduz a

banalização do encarceramento, que, de acordo com os princípios internacionais do direito, deveria ser o último recurso do tratamento penal das tensões sociais, e a grave violação do direito de acesso à justiça destas mulheres já atingidas por um amplo processo de exclusão social (DIUANA, *et all*, 2017, p.2).

O sistema prisional brasileiro está mergulhado em uma profunda crise, onde a omissão dos direitos e garantias fundamentais dos presos está amplamente destacada na prática social cotidiana. A respeito do encarceramento feminino, a supressão de direitos é ainda maior. Observa-se tal omissão na inexistência de políticas públicas que considerem a mulher encarcerada como sujeito de direitos com peculiaridades próprias advindas de sua condição de gênero (OLIVEIRA; SANTOS, 2012). Ainda em lição das mesmas autoras, cumpre-se dizer,

É certo que as mulheres encarceradas possuem condições específicas de vulnerabilidade e demandam atenção especial do Estado, que tem o dever de dar maior estima a essa situação, o que lamentavelmente não vem sendo observado. O estado brasileiro viola de modo acentuado inúmeros direitos das mulheres encarceradas, desde a distração em relação aos direitos essenciais como à saúde, até ao direito à vida, ou aqueles implicados numa política de reintegração social, como o trabalho, a educação e a preservação de vínculos e relações familiares (OLIVEIRA; SANTOS, 2012, p.2).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIX e o artigo 38 do Código Penal, regem que o detento apesar da perda de sua liberdade ainda possui todos os seus direitos, determinando respeito a sua integridade física e moral por parte das autoridades, in vide:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988).

Ainda, o artigo 38 do Código Penal: “Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (BRASIL, 1940). Apesar disso, o sistema carcerário conjuntamente com a Lei de Execução Penal (LEP – lei nº 7.210/84) vem se mostrando a cada dia mais ineficaz, tendo a detenta tratamento degradante e um

ambiente prisional projetado e planejado para detentos do sexo oposto, o que inflige efetivamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (BONINI; GARCIA, 2017).

O Brasil tornou norma, entre os anos de 1930 e 1940 com a decretação do Código Penal Brasileiro que mulheres e homens passariam a cumprir a pena imposta em estabelecimentos prisionais distintos, conforme atualmente dispõe o artigo 37 do referido decreto lei: “Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo” (BRASIL, 1940).

Queiroz, ainda, em sua lição afirma que a primeira penitenciária feminina no Brasil surgiu sob a autoridade de freiras da Igreja Católica, relata ainda a autora que existem presídios mistos e assim se posiciona:

O que eles chamam de presídios mistos são, na verdade, presídios masculinamente mistos (...). Se não tem onde colocar mulheres, as botam no castigo, ou seja, o pior lugar da cadeia. Até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar desses? Num presídio com trezentos homens e dez mulheres, quem você acha que vai trabalhar e estudar? Quem vai ter horário de banho de sol? A minoria? Os espelhos são uma lâmina onde elas se veem completamente deformadas. Imagine passar cinco ou seis anos se vendo assim e sem nunca observar seu corpo inteiro? Como você vai se imaginar? (QUEIROZ, 2015, p. 74 *apud* BONINI; GARCIA, 2017, s.p).

Neste íterim, a Lei de Execuções Penais dispõe que, a apenada cumprirá pena em cela individual onde conterà dormitório, vaso sanitário e lavatório salubres e ainda que o estabelecimento tenha lotação de acordo com sua estrutura. E a penitenciária destina-se a condenada à pena de reclusão, em regime fechado (BRASIL, 1984).

Entretanto, a superlotação do ambiente carcerário brasileiro ocorre devido ao acúmulo de prisões preventivas e temporárias, assim como aqueles que já cumpriram sua pena, mas ainda não obtiveram a liberdade (BONINI; GARCIA, 2017). No livro *Presos que Menstruam*, Queiroz (2015) relata as condições de residência nos presídios femininos e o cotidiano da mulher no cárcere. Em uma de suas entrevistas, uma das detentas contou que:

(...) oito mulheres dormiam num colchão e meio. Era de dar câimbra no corpo inteiro. A gente não conseguia se mexer pra lado nenhum. “Às vezes, tinha que acordar a do lado para poder levantar porque não podia mexer a perna” (QUEIROZ, 2015, p. 57 *apud* BONINI; GARCIA, 2017, s.p).

As regras de Bangkok, criadas pela ONU no ano de 2010 direcionadas ao tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras aconselham que:

Regra nº 10. A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo toalhas sanitárias gratuitas e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular às mulheres ocupadas com a cozinha e às mulheres grávidas, que estejam em amamentação ou menstruação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010 *apud* BONINI; GARCIA, 2017).

Acrescenta-se, ainda:

Regra nº 18. Medidas preventivas de atenção à saúde de partícula relevância para mulheres tais como o teste de Papanicolau e exames de câncer de mama e ginecológico, deverão ser oferecidas às mulheres presas da mesma maneira às mulheres de mesma idade não privadas de liberdade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010 *apud* BONINI; GARCIA, 2010).

No mesmo sentido, propostas pela ONU no ano de 1977, as regras mínimas para tratamento de reclusos, na regra de número 23 dispõe que “nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1977 *apud* BONINI; GARCIA, 2017). Entretanto, quando tratasse da saúde da mulher presa e de sua prole, o serventário público é indiferente e omissor. Segundo Queiroz, em seu livro:

A maioria das detentas grávidas, já chegam grávidas na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra, pois eram pobres e desinformadas demais. Como em todo país só existem 39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade, na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou

porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital (QUEIROZ, 2015, p. 42 *apud* BONINI; GARCIA, 2017).

Neste sentido, ainda, a redação do artigo 14, § 3º, da Lei de Execuções Penais, garante a mulher, acompanhamento médico adequado no pré-natal e no pós-parto, porém à mulher dificilmente são assegurados esses direitos. A mesma autora, em sua pesquisa, ainda, relata que:

(...) uma das alas maternas exclusivas estava lotada ao ponto de mães e bebês terem que se acomodar no chão (...) O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro (QUEIROZ, 2015, p. 42 *apud* BONINI; GARCIA, 2017).

Sendo assim, a gestante na realidade carcerária precisa gritar na maioria das vezes para que o sistema entenda e atenda o seu direito e sua necessidade referentes à saúde, mesmo o Estado garantindo a parturiente o direito em amamentar a criança no estabelecimento prisional até os primeiros seis meses de vida objetivando que a mesma tenha contato físico com a mãe nos primeiros meses de vida, sendo fundamental esse convívio para o desenvolvimento físico e psíquico do menor (BONINI; GARCIA, 2017).

Considerando que os direitos humanos se encontram em constante processo de construção e reconhecimento no Brasil e em decorrência das reiteradas violações à população prisional, especialmente as mulheres, o Supremo Tribunal Federal deu um importante passo a fim de preservar não só a dignidade humana como também a integridade física das mulheres. Na próxima seção, observar-se-á o atual posicionamento da Corte Suprema.

3.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta seção será realizada análise acerca do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP, que foi julgado no dia 20 de fevereiro de 2018 pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como objetivo analisar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda.

A ordem fora protocolada em 08 de maio de 2017, autuada em 09 de maio de 2017, bem como distribuída ao Ministro Ricardo Lewandowski como relator (BRASIL, 2018). O habeas corpus coletivo nº 143.64/SP, impetrado por Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, possuía como principal objetivo a concessão de medida liminar em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças (BRASIL, 2018).

O *writ* deflagrava a grandiosa e deplorável situação vivenciada pelas mães e gestantes brasileiras, de uma forma geral, encarceradas nas instalações prisionais de todo o país (CONSULTOR JURÍDICO, 2018). No *mandamus*, houvera a afirmação de que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, lhes retirava o acesso a programas de saúde pré-natal, como também impedia a assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privava as crianças a um desenvolvimento saudável, o que explicita tratamento cruel e desumano, infringindo os preceitos constitucionais ligados à individualização da pena, vedação a penas cruéis ou degradantes (BRASIL, 2018).

Os impetrantes enfatizaram que a política criminal responsável pelo exacerbado encarceramento feminino é extremamente discriminatória e seletiva, recaindo de forma desproporcional sobre mulheres pobres (BRASIL, 2018). Fato é que, o âmbito da prisão cautelar para mulheres gestantes e mães de crianças, gera uma reiterada situação de violações a direitos fundamentais, como a integridade física e psicológica do preso, considerando as demasiadas falhas estruturais de acesso à justiça. Quanto à impetração perante o Superior Tribunal Federal fora sustentado, além da abrangência do pedido, que todas as demais autoridades abaixo da Corte, como os juízes criminais, juízes federais, membros dos Tribunais de Justiça Estaduais, membros do Superior Tribunal de Justiça, figuram como autoridades coatoras (BRASIL, 2016).

Importante ressaltar que a Lei nº 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de

setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012 (BRASIL, 1988), possibilitou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres gestantes e mãe de crianças.

A entrada em vigor da referida lei desencadeou muita provocação do Poder Judiciário para decidir sobre a substituição de uma espécie de prisão por outra, no entanto, em praticamente metade dos casos, o pedido de substituição fora indeferido (BRASIL, 2018). Nos casos de indeferimento do pedido de substituição, houvera a justificativa da gravidade dos delitos praticados pelas detidas, bem como a falta de prova de que o ambiente carcerário se mostrava inadequado no caso concreto (BRASIL, 2018).

Diante das justificativas do Poder Judiciário para negar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, o *habeas corpus* coletivo aduzira que a gravidade do delito, por si só, não pode suscitar a manutenção da prisão preventiva (BRASIL, 2018). Ademais, há a necessidade de se reconhecer a condição especial da mulher no cárcere, principalmente no que se refere às mulheres pobres, que vivenciam uma maior privação de acesso à justiça (BRASIL, 2018).

Neste interim, o writ citou diversos casos de violação grave de direitos da gestante e de seus filhos. Inclusive, segundo dados oficiais, há a falta de berçários e centro materno-infantis, o que leva as crianças à falta de condições adequadas para seu desenvolvimento saudável (BRASIL, 2018). Dentre estas e outras suscitações, como a penalização das mulheres encarceradas por falta de estrutura estatal apta a fazer valer os direitos fundamentais inerentes a esse grupo especial, o *habeas corpus* requerera a concessão da ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

Como previsto, em dia 20 de fevereiro de 2018, a ordem do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP fora posta para julgamento pela Segunda Turma do STF. Preliminarmente, por votação unânime, 2ª Turma do STF, entendeu como cabível a impetração coletiva. Na sequência, por maioria dos votos, a Turma conheceu o pedido de Habeas Corpus (BRASIL, 2018). Na decisão, foram vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que entendiam no sentido de conhecimento em parte da ordem (BRASIL, 2018). Sem embargos, seguindo-se o julgamento, a Turma, por maioria concedeu a ordem para:

[...] determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (BRASIL, 2018).

Na decisão, a Turma entendeu por bem determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar se referindo a todas as mulheres presas, relacionadas no processo pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) e outras autoridades estaduais, puérperas ou mãe de crianças e deficientes sob sua guarda. Os únicos casos que ficaram de fora do benefício concedido foram os que envolviam violência ou grave ameaça contra ascendentes. No mesmo sentido, a ordem fora estendida, de ofício, para as demais mulheres presas no território nacional, em mesmas condições das relacionadas no remédio constitucional coletivo e ressalvadas as restrições acima expressadas (BRASIL, 2018).

Ainda na decisão da Turma, fora exposto que, em se tratando de situação de presa reincidente, ou de casos em que o juiz entenda pelo não cabimento da prisão domiciliar, a autoridade deverá proceder em observação às especificidades do caso concreto, mas sempre em concordância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da proteção às crianças e adolescentes, bem como poderá substituir a prisão domiciliar por medidas alternativas arroladas no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018).

Ademais, o benefício pôde ser negado em casos muito peculiares, com a devida fundamentação do juiz. No mesmo sentido, a ordem fora estendida, de ofício, para as demais mulheres presas no território nacional, em mesmas condições das relacionadas no remédio constitucional coletivo e ressalvadas as restrições acima expressadas (BRASIL, 2018). Ainda na decisão da Turma, fora exposto que, em se tratando de situação de presa reincidente, ou de casos em que o juiz entenda pelo não cabimento da prisão domiciliar, a autoridade deverá proceder em observação às especificidades do caso concreto, mas sempre em concordância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da proteção às crianças e

adolescentes, bem como poderá substituir a prisão domiciliar por medidas alternativas arroladas no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018).

Quanto ao questionamento da Procuradoria Geral da República acerca das inúmeras situações em que as próprias mães delituosas e presas preventivamente colocam os filhos em risco e, por conseguinte, não devem exercer a guarda sobre eles, a Turma entendeu que “Para apurar a situação de guardião dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe” (BRASIL, 2018). Como visto casos em que as crianças são colocadas em situação de vulnerabilidade pela própria mãe, não podem servir como dado ensejador a negar a ordem e conceder o benefício às presas preventivamente. Inclusive, a palavra da mãe deve ser exaltada como elemento de credibilidade por parte do juiz ao analisar o caso. Em continuidade, fora determinado na decisão que:

Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da

população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2018).

A Turma enfatizou o dever do Judiciário em adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento à ordem, como também, assegurou a possibilidade de recurso pertinente em situação de descumprimento da decisão tomada pela Turma. Ademais, restou delineado que um dos principais objetivos da marcante decisão é suprir as falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa.

Portanto, é possível verificar, com base na mais recente e maior decisão acerca do assunto, a crescente admissão pelo Supremo Tribunal Federal de institutos que visam lidar mais adequadamente com circunstâncias em que verifica-se direitos e interesses de determinadas coletividades em iminência de sofrerem graves lesões. Em 15 de março de 2018, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski exarou o seguinte despacho:

Documentos eletrônicos 346 e 371: pedidos de extensão não são a via adequada para análise da situação concreta de cada mulher presa preventivamente que se enquadre, ao menos em tese, no espectro traçado no acórdão de deferimento da ordem, haja vista ter sido determinado que as circunstâncias fáticas a serem atentamente observadas pelos juízos responsáveis pela análise de cada caso concreto. Tratando-se de decisão coletiva, e dado o número elevado de mulheres presas preventivamente que poderão ser, em princípio, beneficiadas pela referida decisão, é natural que não seja possível concentrar, em um único julgador, a análise de todos os casos em que a prisão domiciliar poderia ser aplicável, sobretudo porque há determinadas condicionantes fáticas que deverão ser analisadas para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Com efeito, a decisão não determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas preventivamente que estejam gestantes ou sejam mães de crianças. A referida substituição é a regra, não a exceção, e deverá ser observada na generalidade dos casos. Não é, porém, uma regra inquebrantável, pois comporta exceções que foram explicitadas ao longo do acórdão, e portanto não é a simples denegação da substituição que ofende a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. Justamente por isso foi estabelecida uma sistemática para apreciar o conjunto de situações concretas passíveis de incidência do julgado, conforme consta do dispositivo do julgado. [...] Isso posto, não conheço dos pedidos de extensão. Determino, entretanto, o desentranhamento das petições e o encaminhamento aos respectivos juízos de origem para análise da situação fática da mulher presa à luz das determinações do acórdão proferido neste habeas corpus coletivo [...] (BRASIL, 2018).

A partir da análise do despacho do Ministro Ricardo Lewandowski, conclui-se que, com a concessão da ordem coletiva em favor de mulheres presas preventivamente, caberá a cada Magistrado responsável pelo processo em 1ª instância, analisar no caso concreto a possibilidade da conversão da prisão preventiva pela domiciliar. Isso porque o número de mulheres presas preventivamente que poderão ser beneficiadas pela referida decisão é muito elevado, não sendo razoável que sejam concentradas todas as análises em somente um único julgador.

A decisão que determinara a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres presas preventivamente que estejam gestantes ou sejam mães de crianças é a regra e, como dito, cada juízo responsável deverá analisar no caso concreto o cabimento ou não da substituição, dadas as características e peculiaridades de cada situação concreta. Por fim, com a decisão da 2ª Turma da Suprema Corte, é possível verificar que as controvérsias a respeito do meio utilizado, qual seja, Habeas Corpus Coletivo, não devem prevalecer sobre a situação precária e deplorável vivenciada por mães e gestantes encarceradas em instalações prisionais de todo o Brasil.

CONCLUSÃO

O aumento exacerbado da presença feminina na vida criminosa pode-se considerar um tanto recente. Porém, o gênero feminino tende a sofrer mais intensamente com a realidade carcerária. Embora sejam aplicadas às mulheres presas as mesmas regras carcerárias determinadas para homens presos, deve-se levar em conta a diferença física entre um homem e uma mulher. Tendo em vista a aplicação da pena privativa de liberdade a muitas gestantes, frente ao ato ilícito cometido, deve lembrar-se que seus filhos também acabam sofrendo uma assustadora intervenção do Estado, dado que seu desenvolvimento uterino foi repleto de abalos físicos e psíquicos.

De fato, os atuais métodos carcerários permanecem sendo punir, sem levar em consideração quem quer possa ser atingido e em que intensidade, seja na vida intrauterina ou extra. Frente ao caos que se encontra a situação do sistema prisional brasileiro, a vida da presa gestante é algo ainda mais preocupante. Mesmo possuindo o poder de punir e perseguir aquele que comete um ato ilícito, o Estado continua deficitário em políticas públicas voltadas às condições vivenciadas pelas apenadas durante o tempo de cumprimento da pena, não garantindo higiene, trabalho, saúde, educação pré-natal, acompanhamento médico.

Desse modo, é de suma importância uma melhoria nas condições de cumprimento da pena para todos os detentos, em especial a grávida, visto que o feto e futuro bebê cumpre a pena em conjuntamente com a mãe, sem nada ter cometido. Com condição financeira desfavorável, o sistema prisional brasileiro está pouco capacitado para resolver os problemas mais graves. A mulher presa ao ser recolhida, deixa filhos por conta de um arbítrio estatal que não dará atenção necessária a estes, induzindo-lhes a traçarem os mesmos passos da genitora.

Não há para a mulher presa uma defesa digna, tendo em vista a carência da mesma em financiar honorários advocatícios, gerando às vezes o encarceramento de pessoas que cumpriram a sua pena. No presente trabalho, verifica-se que o Brasil carece de uma política nacional de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade. De início, no primeiro capítulo, realizou-se uma evolução histórica acerca das formas de punir, desde quando não havia organização de poder até a fase da vingança privada, onde a pena possuía caráter inquisitivo e cruel. Após, com o

monopólio do Estado, o direito de punir se concentrava nas mãos de um superior, e por fim analisou-se a pena no Estado Democrático de Direito, onde já se observa a dignidade da pessoa humana, foi feito também um estudo acerca do vocábulo pena, como por exemplo, conceito, funções, modalidades e suas teorias, chegando à conclusão de que da pena visa não somente a retribuição da culpa do infrator, mas também o sentido geral de fazer valer a ordem jurídica, com objetivo de prevenir futuros crimes.

No segundo capítulo do presente trabalho, apresentou-se um estudo acerca da evolução histórica dos Direitos Humanos, assim como seu conceito, motivos a qual deram origem esses direitos, causas e objetivos, assim como suas dimensões e o que apregoa cada uma delas, chegando ao resultado de que tais direitos nascem e se moldam de acordo com a necessidade de cada época, estando em frequente processo de evolução. Por fim, no terceiro capítulo, abordou-se o tema do presente trabalho de forma específica, onde em um primeiro momento foi analisado o reconhecimento dos novos direitos humanos femininos prisionais, após realizou-se um estudo dos próprios direitos humanos, destinados às mulheres que se encontrem detidas e desfechando com um estudo do remédio constitucional, o qual concedeu esses direitos as mesmas, concluindo-se assim, que a recente decisão da Corte Suprema, constituiu um grande avanço a fim de resguardar não só a dignidade humana como também a integridade física das mulheres.

Sendo assim, o presente trabalho teve como objetivo demonstrar que, por vezes, o aspecto formal da norma deve ser interpretado de forma flexível, de forma a garantir direitos fundamentais e garantias individuais. Em que pese a existência de determinação acerca da individualização dos beneficiários da ordem, o Superior Tribunal Federal concedeu ordem de *habeas corpus* coletivo determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres presas preventivamente que estivessem gestantes ou fossem mães de crianças é a regra e, como dito, cada juízo responsável deverá analisar no caso concreto o cabimento ou não da substituição, dadas as características e peculiaridades de cada situação concreta.

Embora tenha resguardado a competência de avaliação concreta por cada juízo competente, a decisão da Corte teve como escopo assegurar garantias mínimas às presas, considerando a situação precária vivenciada por mães e gestantes encarceradas no Brasil. Houvera a conclusão de que a concessão da ordem coletiva seria o único caminho viável a tratar de forma mais concreta a situação. Nesse interim,

conclui-se que não mereceram prosperar as controvérsias acerca de a ordem de HC coletivo ser ou não o meio adequado, quando o que está em análise são milhares de vidas em desamparo.

REFERÊNCIA

AMORIM, Ivan Gerage. **Notas sobre o Estado Democrático de Direito**. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/notas-sobre-o-estado-democr%C3%A1tico-de-direito>> Acesso em: 01 ago. 2018.

BELLINHO, Lilith Abrantes. **Uma evolução histórica dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://conselheiros6.nute.ufsc.br/ebook/medias/pdf/Uma%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20historica%20dos%20direitos%20humanos.compressed.pdf>> Acesso em: 05. Nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva 2004.

BONINI, Luci Mendes de Melo; GARCIA, Marina dos Santos. Dignidade da pessoa humana e o sistema penitenciário feminino brasileiro: A situação das mulheres brasileiras nos estabelecimentos prisionais. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56845/dignidade-da-pessoa-humana-e-o-sistema-penitenciario-feminino-brasileiro>> Acesso em: 14. Nov. 2018.

BORGHI, Maísa Burdini; DE OLIVEIRA, Rafaella. Marques. Breve estudo sobre as teorias dos fins da pena: um olhar histórico contemplativo sobre a realidade contemporânea. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, s.d. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031289.pdf>> Acesso em 11 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Departamento Penitenciário Nacional**. Sistema Penitenciário no Brasil, Dados Consolidados. Brasília: Ministério da Justiça. 2008.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres** – Junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** Regimento. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** Acompanhamento processual. HC coletivo nº 143.641/SP. Habeas Corpus Coletivo. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em 12 nov. 2018.

CARVALHO, Eleazar de. O Histórico do Habeas Corpus e sua relação com os Direitos Humanos. *In: Jusbrasil:* portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <<https://eleazaralbuquerquecarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/153081337/ohistorico-do-habeas-corpus-e-sua-relacao-com-os-direitos-humanos>> Acesso em: 20 out. 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COLOMBALORI, Ana Carolina de Moraes. **Violação da dignidade da mulher no cárcere:** restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas. Disponível em: <www.cnpq.br/documents/10157/e6cac230-4faa-42f7-a078-8abebaa4e2ec> Acesso em: 07 nov. 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CURVELO, Hercílio Denisson Alves. Prescrição penal: o direito de punir do Estado. *In: Conteúdo Jurídico,* Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,prescricao-penal-o-direito-de-punir-do-estado,39439.html>> Acesso em: 01 ago. 2018.

DIUANA, Vilma; CORRÊA, Marilena C.D. V; VENTURA, Miriam. Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *In: Physis: Revista de Saúde Coletiva,* Rio de Janeiro, v. 27, n. 3, 2017, p. 727-747. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v27n3/1809-4481-physis-27-03-00727.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2018.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve histórico do Direito Penal e da evolução da pena.** Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf> Acesso em: 26 ago. 2018.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GIUSTI, Daiane. **A evolução dos direitos fundamentais no Brasil**. Monografia (Especialista Lato Sensu em Direito Público) – Universidade Comunitária Regional de Chapecó, Chapecó, 2012. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Daiane-Giusti.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto do Habeas Corpus Coletivo 143.641**. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

LIBERATTI, Giovana de Oliveira. A evolução histórica e doutrinária da pena e sua finalidade à luz do ideal da ressocialização. *In*: **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 13, n. 1150. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3302/a-evolucao-historica-doutrinaria-pena-finalidade-luz-ideal-ressocializacao>> Acesso em: 7 mai. 2018.

LOES, Maria Inês Maturano. Evolução das penas: Da punição por flagelo a alternativa ressocializadora. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6971> Acesso em: 7 mai. 2018.

LOPES, Hálisson Rodrigo; PIRES, Gustavo Alves de Castro; PIRES, Carolina Lins de Castro. Princípios norteadores da execução penal. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 17, n. 120, jan. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14118>. Acesso em nov. 2018.

MACIEL, Talita Santana; BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. Dimensão Histórica dos Direitos Humanos: contexto internacional, nacional e as “gerações de direitos. *In: Caderno de Relações Internacionais*, v. 17, n. 12, jan.-jul. 2016, p. 83-106. Disponível em: <<http://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/167/157>> Acesso em: 07. Nov. 2018.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, João. Das teorias da pena no ordenamento jurídico brasileiro. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, 2014. Disponível em: <<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934870/dasteoria-s-da-pena-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 11 mai. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. v. 1. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MESQUITA, Pedro Henrique. Sistema prisional brasileiro: Privatização como parte da solução. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, 2015. Disponível em: <<https://pedromesquita92560.jusbrasil.com.br/artigos/252789746/sistema-prisional-brasileiro>> Acesso em: 31 ago. 2018.

MORAES, Henrique Viana Bandejas. Das funções da pena. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620> Acesso em: 14 mai. 2018.

MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito. *In: Revista de Direito Público*, Londrina, v. 2, n. 3, set.-dez. 2007, p. 119-136. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11546/10249>> Acesso em: 01 ago. 2018.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 7. Ed. São Paulo: Manole, 2005.

OLIVEIRA, Alice. Evolução histórica das penas. Dos espetáculos punitivos à alternativa ressocializadora. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, 2016. Disponível em: <<https://aliceoliveira1.jusbrasil.com.br/artigos/347455966/evolucao-historica-das-penas>> Acesso em 28 ago. 2018.

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávaro de; SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos. Desigualdade de Gênero no Sistema Prisional: considerações acerca das barreiras à realização de visitas e visitas íntimas às mulheres encarceradas. *In: Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 25, n. 1, jan.-jun. 2012, p. 236-246. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/15095/11088>> Acesso em: 14 nov. 2018.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano, de 5-16 de junho de 1972**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Acesso em: 05 nov. 2018.

PACHECO, Eliana Descovi. Evolução histórica do direito penal. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 10, n. 39, mar 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751>. Acesso em nov. 2018.

PIMENTEL, Elaine. O lado oculto das prisões femininas: representações dos sentimentos em torno do crime e da pena. *In*: **Latitude**, v. 7, n. 2, 2013, p. 51-68. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina38961.pdf>> Acesso em: 14. Nov. 2018.

PONTE, Antônio Carlos da; FELICIO, Guilherme Lopes. O direito penal a partir de um Estado Democrático de Direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988. *In*: **Lex Magister**, portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: <https://www.lex.com.br/doutrina_27676469_O_DIREITO_PENAL_A_PARTIR_DE_UM_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO_O_LEGADO_DA_REFORMA_PENAL_BRASILEIRA_DE_1984_PARA_A_CONSTITUICAO_FEDERAL_DE_1988.aspx> Acesso em: 03 ago. 2018.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1.º a 120. v. 1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Singelo Pánel ao Reconhecimento da Bioética na condição de Direito Humano de Quarta Dimensão: Breves Ponderações à Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos. *In*: **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 13, no 1388. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4191/singelo-painel-ao-reconhecimento-bioetica-condicao-direito-humano-quarta-dimensao-breves-ponderacoes-declaracao-universal-bioetica-direitos-humanos>> Acesso em: 5 nov. 2018.

RESENDE, Elcio Nacur; REIS, Émilien Vilas Boas. **A “juridicalização” da questão ambiental**: uma forma de contribuição para uma vida digna? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ffdc7fa7222f38ca>> Acesso em: 05. Nov. 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Estado Democrático de Direito, aplicação da pena e Garantismo**. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17843/17843_4.PDF> Acesso em: 03 ago. 2018.

SANTOS, Luis Felipe Boechat Borges Luquetti dos. Princípios inerentes à aplicação e execução da pena. *In*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2017.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58849/principios-inerentes-a-aplicacao-e-execucao-da-pena>> Acesso em: 09 nov. 2018.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul.-set. 2005, p. 231-230. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/794/R167-13.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, jul.-set. 1988, p. 15-34. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>> Acesso em: 01 ago. 2018.

SMANIO, Gianpaolo Paggio. As funções do Direito penal. *In: Carta Forense: portal eletrônico de informações*, 2005. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/as-funcoes-do-direito-penal/90>> Acesso em: 26 ago. 2018.

SOUSA, Gustavo. Gerações de direitos fundamentais: da 1ª à 5ª geração. *In: Direto Constitucional Blog: portal eletrônico de informações*, 2017. Disponível em: <<http://direitoconstitucional.blog.br/geracoes-de-direitos-fundamentais-da-1a-a-5a-geracao/>> Acesso em: 07 nov. 2018.

SOUZA, Isabela. As três gerações dos Direitos Humanos. *In: Politize: portal eletrônico de notícias*, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>> Acesso em: 20 out. 2018.

SOVERAL, Raquel Tomé. **Direitos Humanos: por um olhar na evolução, nas dimensões e na internacionalização destes direitos.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=141c3ffedc2e23e6>> Acesso em: 09 nov. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva 2002.

TEIXEIRA, Sérgio Willian Domingues. **Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal – propostas para melhoria.** Do desempenho de uma vara de execução penal. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4218/DMPPJ%20-%20SERGIO%20WILLIAM%20TEIXEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 20 ago. 2018.

TOSE, Fernanda Silva. Os direitos de primeira e segunda dimensão. *In: Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 5, n. 200. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1598/os-direitos-primeira-segunda-dimensao>> Acesso em: 6 nov. 2018.

VALE, Ionilton Pereira do. Surgimento e evolução do Bill of Rights no Direito Inglês. *In: Jusbrasil*: portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em; <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/133522727/surgimento-eevolucao-do-bill-of-rights-no-direito-ingles?ref=topic_feed> Acesso em: 20 out. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.