

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

KLÍCIA WALÉRIA LEITE

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL BRASILEIRO**

São Luís

2017

KLÍCIA WALÉRIA LEITE

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gláucio Fernando Barros Cunha

São Luís

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Leite, Klícia Waléria.

O Estado de Coisas Inconstitucional e o Sistema de
Justiça Criminal Brasileiro / Klícia Waléria Leite. -
2017.

57 f.

Orientador(a): Gláucio Fernando Barros Cunha.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Direitos fundamentais. 2. Estado de Coisas
Inconstitucional. 3. Sistema de Justiça Criminal. I.
Barros Cunha, Gláucio Fernando. II. Título.

KLÍCIA WALÉRIA LEITE

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Gláucio Fernando Barros Cunha

1º Examinador

2º Examinador

A Jesus Cristo, Senhor do Universo, toda
gratidão, honra e glória!

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus, como fonte suprema de toda sabedoria, ciência e fé, por ter iluminado toda minha trajetória, inclusive durante essa briosa graduação.

Aos meus familiares e amigos, por terem me incentivado, com destaque à minha mãe, que diuturnamente se empenha na realização dos meus sonhos.

Aos meus professores de graduação e, em específico, aos que me auxiliaram nessa fase final do curso.

A todos os colegas de faculdade, com os quais tive o privilégio de viver momentos marcantes, onde o companheirismo, a amizade e a lealdade ficarão como grande legado desse período.

A todos que contribuíram de alguma maneira para a conclusão desta importante etapa acadêmica.

“Não torcerás a justiça, nem farás acepção de pessoas. Não tomarás subornos, pois o suborno cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos. Segue a justiça, e só a justiça, para que vivas e possuas a terra que o Senhor teu Deus te dá.” (Deuteronômio 16: 19-20)

RESUMO

O trabalho em questão tem por objetivo principal analisar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e o sistema de justiça criminal brasileiro, partindo da ADPF 347. Por isso, também possui como objetivos analisar a realidade dos cárceres brasileiros, enfatizando-se o cumprimento e/ou violação dos direitos dos presos; implantação de medidas que buscam atenuar a crise no sistema penitenciário e, ainda, a discussão sobre a interferência do Judiciário a fim de garantir direitos fundamentais, fomentando o conceito de ativismo jurídico ou, tão somente, de defesa de direitos.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), direitos fundamentais; sistema de justiça.

ABSTRACT

The work in question by the main objective of the State of Things Unconstitutional and Brazilian criminal justice system, part of ADPF 347. Therefore, it also aims to analyze the reality of Brazilian cereals, emphasizing compliance and / or violation of rights two prisoners; Imposition of measures that seek to alleviate the crisis without a penitentiary system and also a discussion about interference by the Judiciary in order to guarantee fundamental rights, fostering the concept of legal as well as advocacy activism.

Keywords: State of Things Unconstitutional (STU), fundamental rights; system of justice

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	12
2.1	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347	14
2.2	Julgamento da ADPF 347	18
3	O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL SOB A ANÁLISE DA TEORIA DAS PENAS	20
3.1	Teoria absoluta ou retributiva	21
3.2	Teoria relativa ou preventiva da pena	23
3.3	Teoria mista ou unificadora	24
3.4	Teorias extremadas da pena	25
3.5	Finalidade da pena no Brasil	26
4	A REALIDADE DOS CÁRCERES BRASILEIROS E OS DIREITOS DOS PRESOS	28
4.1	Do direito à educação	29
4.2	Do direito à saúde	29
4.3	Da proteção à vida e a vedação à tortura/sanções ilegítimas	31
4.4	Amostra do sistema penitenciário brasileiro: visita ao Complexo de Pedrinhas, no Maranhão	32
5	O DIREITO PENAL ENQUANTO “ULTIMA RATIO” E A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA	36
5.1	Audiência de custódia frente à superlotação carcerária – ADPF 347	37
5.1.1	Fundamentação jurídica e conceito de audiência de custódia	37
5.1.2	Eficácia do programa de audiência de custódia	39
5.1.3	Mecanismos alternativos à prisão de acordo com o programa de audiência de custódia do CNJ	40
5.2	Descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN	42
6	ECI:DEFESA DE DIREITOS OU UM ATIVISMO JURÍDICO DISFARÇADO? .	45
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.¹

Emanando em um Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana é fundamento, a população carcerária brasileira cresce de forma assustadora, enquanto que os estabelecimentos prisionais já não acompanham há muito tempo tal crescimento descontrolado. Como consequência, passa-se a ter no sistema penitenciário brasileiro todo o tipo de violação dos intitulados direitos fundamentais, constitucionalmente insculpidos na Constituição de 1988. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal – STF recebeu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 o pedido de declaração do Estado de Coisas sobre o sistema carcerário.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, objeto da supracitada ADPF, não é exclusividade do Brasil. Ao contrário: os precedentes do ECI remetem à Corte Constitucional da Colômbia, que o reconheceu em 1997 (Sentencia de Unificación - SU 559, de 06 de novembro de 1997), em uma demanda promovida por diversos professores que tiveram seus direitos previdenciários violados pelas autoridades públicas.

Levando-se em consideração os requisitos para a declaração do ECI, que serão posteriormente aprofundados, verifica-se que o sistema penitenciário brasileiro, de maneira análoga, poderia ser o fundamento da declaração do Estado de Coisas. Por assim ser, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL buscou, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida liminar, que fosse reconhecida a figura do ECI, almejando-se assim à adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Sobre o ECI, o Ministro Marco Aurélio de Mello², relator do processo, destacou em seu voto que “O Estado de Coisas fica evidenciado pela efetiva falência do sistema, de modo que a situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”,

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Cultura Brasileira. Disponível em:

<<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/beccaria.pdf>>. Acesso em: 04/01/2010.. Acesso em: 12/07/2017, p. 27.

²Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>.

desrespeitando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal – LEP.

Na defesa do ECI, ao revelar a necessidade de o STF ter uma postura ativa, o articulista Carlos Alexandre de Azevedo³ afirmou que “reconhecido o ECI, a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária”.

Sob tal viés, o objetivo geral deste projeto monográfico é analisar o ECI, partindo da situação narrada na ADPF 347 e consequente julgamento feito pela Corte Suprema diante da falência do sistema penitenciário brasileiro. Busca-se, assim, aprofundar o conhecimento sobre o sistema criminal de justiça, discorrer sobre a possibilidade de um ativismo judicial disfarçado por parte da Suprema Corte; e, ainda, balizar a audiência de custódia como um mecanismo capaz de combater a superlotação dos presídios e, ainda, zelar pelas garantias processuais.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo de abordagem, por meio do qual, através da utilização correta de cadeias de raciocínio, se alcançou uma conclusão baseada no levantamento de enunciados e premissas. Sem embargo, utilizou-se também o método indutivo, em oportunidade paralela ao método dedutivo, na medida em que, para se chegar ao objetivo principal do estudo, qual seja, obter uma conclusão verídica com base em enunciados e premissas, tornou-se necessário lançar mão de uma técnica argumentativa que se perfaz a partir de ambos os métodos de abordagem, de modo que um deles não exclui o outro.

Quanto ao método de procedimento, tem-se um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre a temática enfrentada, de maneira que foram analisados os posicionamentos recentes adotados pelos doutrinadores e cortes nacionais com competência jurisdicional no campo do Direito Penal, a partir do levantamento de um repertório predominantemente bibliográfico e, em menores proporções, jurisprudencial. A pesquisa em tela abrangeu a análise de livros e artigos científicos relacionados ao tema com o intuito de obter um embasamento teórico suficiente para o desenvolvimento do presente estudo monográfico.

³CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 out. 2017.

Quanto às técnicas de pesquisa, o presente trabalho utilizou a bibliográfica e a documental. A bibliográfica consistiu na leitura, compreensão e interpretação de livros e artigos científicos, os quais corresponderam à fonte preponderante dos enunciados cognitivos que serviram de subsídio para a compreensão do tema objeto de estudo. A documental, por seu turno, ainda que possa ser considerada uma vertente da técnica bibliográfica, limitou-se ao estudo de alguns objetos relacionados ao tema, tais como pareceres, repertórios de jurisprudência nacional e possivelmente também internacional.

Por último, tem-se a pesquisa empírica, realizada mediante a observação direta de eventos e fatos, a fim de investigar as variáveis de seu objeto e tentar explicá-las. Seus métodos são, entre outros estudos de casos, no caso, concretizado na visita ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O ciclo está fechado: da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime.⁴

A Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional por meio da Sentencia de Unificación - SU 559, tendo por fato a violação dos direitos previdenciários de professores.

Temas:

Tratamiento de un *estado de cosas* contrario a la Constitución Política
Distribución del situado fiscal en materia educativa
Afilación de los docentes de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Problema Jurídico

Se trata de establecer si los alcaldes de Mariala Baja y Zambrano vulneraron los derechos fundamentales de los actores - docentes a su servicio - a través de la omisión de su afiliación a un fondo de prestaciones sociales, todo ello a pesar de la obligación legal de afiliarlos y de que, además, a los educadores se les descuenta un porcentaje de su salario mensual para tal fin.

Inicialmente, o ECI limitou-se ao caso supracitado, sendo visto como um mecanismo judicial para suprir uma omissão do Poder Público, sendo assim tão somente um instrumento jurídico que daria uma feição coletiva ao que seria demanda individual. No entanto, com todo o desenvolvimento jurisprudencial, o ECI atrelou a si a finalidade de superar as situações de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais.

Como fundamento maior de tal evolução jurisprudencial que ocorreu na Colômbia e irradiou em outros países, sobretudo no Brasil, pode-se citar o julgado colombiano T 153/98, que abordou a crise dos presídios colombianos, marcados pela superlotação e violação de direitos. Tal julgado foi motivado por uma ação individual de um preso que relatava as violações de inúmeros direitos vistos como inerentes à figura da pessoa humana. Ao analisar a situação em pauta, a Corte colombiana reconheceu que a realidade descrita pelo preso não era exclusiva de um presídio em específico, mas sim algo que se repetia em todos os estabelecimentos prisionais do país. A partir de então, inúmeras diligências ocorreram tendo por intuito diagnosticar a real situação carcerária do país. Dessa forma, deu-se início à

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (Título Original: Surveiller et punir. Traduzido por Raquel Ramalheite). 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 67.

declaração do ECI e, como consequência, a adoção de determinadas medidas, a fim de que se articulasse uma solução que colocasse fim à crise carcerária.

Vale mencionar ainda importante julgado em que o conceito de Estado de Coisas foi ratificado por meio da incessante busca do diálogo institucional. Trata-se do Julgado T 025/2004, em que se discutiu a situação da massiva violação dos direitos dos imigrantes. Tal julgado foi um dos mais emblemáticos da Corte Colombiana, já que inaugurou a discussão sobre a necessidade e relevância do intitulado ativismo dialógico. Dessa forma, ao invés de tão somente impor o que se fazer diante da violação de direitos, a Corte inaugurou um momento sem precedentes, em que foram criados mecanismos de desobstrução ou desbloqueio dos canais de deliberação, almejando-se à coordenação do planejamento e da execução das políticas públicas.

A partir desses julgamentos paradigmas, Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁵, Professor-Adjunto da UERJ, explica quais são os pressupostos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional:

A descrição dessas sentenças revela haver três pressupostos principais do ECI. O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance”. Para a solução, são necessárias

⁵CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.

Conforme supracitado, percebe-se ser possível elencar alguns pressupostos para a caracterização do ECI. O primeiro deles é a constatação de um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, afetando assim um número indeterminado e elevado de pessoas. Não é tão somente uma proteção deficiente, mas sim a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, sendo tal omissão o segundo requisito. Tal omissão por parte do Estado, aqui compreendido enquanto Legislativo, Executivo e Judiciário, tipificaria a chamada “falha estrutural” que implica na violação sistemática dos direitos e consequente agravamento da situação. O terceiro pressuposto, por sua vez, está relacionado ao conjunto de medidas que devem ser adotadas para a superação do quadro de inconstitucionalidades.

Por tal análise, percebe-se que estará configurado o ECI sempre que a superação de violações de direitos exigir medidas não apenas a um órgão, e, sim, à uma pluralidade de órgãos e autoridades públicas. Assim, por meio de apenas um instrumento, no caso a ADPF 347, busca-se garantir a proteção de vários indivíduos.

2.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347

De acordo com a Lei Nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999⁶, o objetivo da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Art. 1o A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)

Sabe-se que o STF ainda não implantou um significado normativo para o que seria preceito fundamental. No entanto, o relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao julgar a ADPF 33 esclareceu que:

⁶BRASIL. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal.. **Lei Nº 9.882, de 3 de Dezembro de 1999.**. Brasília, 1999.

É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados 'princípios sensíveis', cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. [...] O efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas 'cláusulas pétreas', parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados 'princípios sensíveis', há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados 'preceitos fundamentais'. [...] É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...] Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

Voltando-se a análise para a ADPF 347, tem-se a indicação do ato questionado; a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a prova da violação do preceito fundamental e, ainda, o pedido, com suas especificações.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas

abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Conforme já citado, tal ADPF foi ajuizada pelo PSOL que buscou o reconhecimento da figura do ECI relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais. Para tanto, na ADPF 347 alegou-se a presença de requisitos próprios da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo eles: a violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Quanto ao primeiro requisito, sendo ele a violação de preceitos fundamentais, a ADPF 347⁷ assegura que:

Tem-se a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Ainda no texto presente na ADPF 347, quanto à violação de direitos:

Celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas.

Por meio da ADPF, o requerente solicitou a concessão de liminar para que o STF, entre outras medidas:

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nº ADPF 347. REQTE.(S) :PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL. Relator: RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

- a) determinasse a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivassem expressamente as razões que impossibilitariam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;
- b) reconhecesse a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;
- c) afirmasse que o juízo da execução penal teria o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciasse que as condições de efetivo cumprimento da pena fossem significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;
- d) reconhecesse que o juízo da execução penal teria o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciasse que as condições de efetivo cumprimento da pena fossem significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;
- e) impusesse o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), e vedasse à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconhecesse a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Quanto ao segundo requisito, no caso, a inexistência de outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade, tem-se a transcrição do consagrado princípio da subsidiariedade, enquanto pressuposto para a ADPF (art. 4º, § 1º, Lei 9.882/99). Tal pressuposto resta por configurado sempre que inexistirem outros instrumentos, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, aptos ao equacionamento da questão constitucional suscitada. Sobre isso, já se manifestou o STF⁸:

13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva desta ação.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 10, set, 2017.

Partindo de tal fundamento, constata-se não existir qualquer outro instrumento, no âmbito do controle abstrato de normas, que possa sanar as lesões a preceitos fundamentais antes ressaltadas.

2.2 Julgamento da ADPF 347

No dia 27 de agosto de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da cautelar na ADPF 347. O relator da Ação, ministro Marco Aurélio, votou da seguinte maneira:

Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos

Após o voto do relator, o julgamento da Ação foi suspenso e só foi retomado no dia 03 de setembro de 2015. Ao retomarem o julgamento, o ministro Edson Fachin foi ao encontro do voto do Ministro Marco Aurélio, considerando que a ação deveria ser admitida e, quanto à cautelar, propôs o acolhimento de pedidos referentes à audiência de custódia, mutirão carcerário e fundo penitenciário.

Diante do exposto, concedo, nos seguintes termos, a cautelar para:

- 1 – reconhecer a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão (alínea “b”);
- 2 – determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa, afastando a necessidade

de adequação aos pedidos contidos nas alíneas e e f, que serão analisados por ocasião do mérito (alínea “g”);

3– determinar o descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão em até 60 dias, a contar da publicação do acórdão (alínea “h”).

4 – Deixo de conceder a medida cautelar em relação aos pedidos contidos nas alíneas a, c, d, e, f, que serão oportunamente analisadas no momento da análise do mérito.

É como voto.

O Ministro Luís Roberto Barroso também votou no sentido da concessão da cautelar quanto aos três pontos, apenas ampliando o prazo de cumprimento para um ano e acrescentando que também os Tribunais de Justiça realizassem mutirões carcerários. Além disso, concedeu de ofício a cautelar para determinar que o Governo Federal encaminhasse ao relator, no prazo de um ano, diagnóstico da situação em termos quantitativos e pecuniários, para que a Corte tivesse elementos adequados para julgar o mérito da ação.

O Ministro Teori Zavascki votou pelo deferimento da cautelar para determinar a realização de audiências de custódia segundo os critérios do Conselho Nacional de Justiça e também concedeu o pedido quanto ao fundo penitenciário, a fim de que não ocorresse contingenciamento pelo Poder Executivo.

Após os votos dos supramencionados ministros, já no dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente a cautelar, a fim de determinar aos Juízes e Tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os Ministros também entenderam que deveriam ser liberados, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

3 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL SOB A ANÁLISE DA TEORIA DAS PENAS

A morte penal permanece, hoje ainda, uma cena que, com inteira justiça, é preciso proibir⁹

Hans Kelsen¹⁰, em sua obra “A Teoria Pura do Direito”, a respeito da norma jurídica afirma que, em determinadas circunstâncias, o sujeito deve observar tal ou qual conduta; se não a observa, outro sujeito, órgão do Estado, deve aplicar ao infrator uma sanção.

Em análogo posicionamento e à luz dos ensinamentos de Rogério Greco¹¹ a pena, assim, pode ser compreendida como a consequência natural a que o indivíduo se submete sempre que pratica aquilo que o Estado institui como infração penal. Para Greco:

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 puniend*.

Frisa-se aqui ainda imperatividade e a coercibilidade que permeiam as normas. Sobre tais características, é pertinente mencionar que o Direito se vale da imperatividade da norma para garantir que a conduta prescrita seja cumprida. Tal caráter impositivo implica em um ordenamento, em uma obrigação e não apenas em uma possibilidade de conduta, mas sim no dever de se conduzir de tal forma. A coercibilidade, por sua vez, é o instrumento de “pressão” que visa o cumprimento, a obediência à norma. Distingue-se coação de sanção pelo fato de a primeira ser a aplicação da força em função do Direito, enquanto que a segunda é uma medida de punição caso ocorra a violação da norma.

Analisando a concepção das penas, o renomado Cezar Roberto Bitencourt¹² estabelece uma relação entre o Estado e a Pena. Para o autor, o desenvolvimento do Estado estaria intimamente ligado ao da pena, sendo necessária a análise do modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve o sistema sancionador para melhor se compreender aquilo que seria a sanção.

⁹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 40 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 21

¹⁰KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

¹¹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. 1 v.

¹²BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**1. 17. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

Apesar de existirem outras formas de controle social — algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal —, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, e evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado.

Guilherme Nucci¹³, em similar conceito, afirma que a pena “é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.”.

Analisando-se as concepções supracitadas, pode-se destacar pontos comuns entre os conceitos. O primeiro deles faz referência ao *ius puniendi*, isto é, ao poder de punir que o Estado, enquanto soberano, possui. Tal poder de punir é direcionado ao agente que, ao cometer uma infração penal, desafia o próprio Estado, fazendo recair sobre si o poder coercitivo.

Partindo da concepção supracitada de pena, torna-se relevante mencionar aquilo que se convencionou chamar de “Teorias das Penas” ou “Teorias sobre a função da pena”.

3.1 Teoria absoluta ou retributiva

Partindo da visão de Rogério Sanches¹⁴ sobre as teorias absolutas, tem-se que a imposição da pena seria uma decorrência lógica da delinquência, visando apenas a compensação do mal que foi causado. Faz-se necessário, para melhor compreensão de tal teoria, que se enfatize a concepção de pena como a relação entre Estado e Pena. Ao estabelecer tal relação remete-se às características intrínsecas ao Estado Absolutista, dentre elas a unidade entre Direito e Moral, entre religião e Estado, frisando-se ainda o fato de que a soberania seria concebida diretamente por Deus.

Assim, tem-se que aquele que vai contra o que o Soberano preceitua não apenas vai contra o Ordenamento Jurídico, cometendo simplesmente uma infração, mas sim um pecado. A pena, assim, seria um castigo aos que “pecam”.

¹³NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral, parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁴SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral arts. 1 ao 120. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Além de tal embasamento teológico, vale mencionar que o Estado Absolutista tem como característica o período de transição, isto é, o período caracterizado pelo aumento da burguesia e de capital, o que implicou na necessidade da implementação de meios que viessem a proteger tal capital. Surge, então, o Estado Burguês, possuindo como base a Teoria do Contrato Social.

Em tal teoria, aquele que descumprisse o “contrato” deveria ter a sua culpa retribuída com um mal, que seria a pena (daí o nome “retributiva”). Tal concepção retribucionista acaba por direcionar à pena a função de realizar a Justiça.

Sobre a teoria absolutista, Cezar Roberto Bittencourt¹⁵ ressalta o posicionamento do Estado enquanto guardião da concretude da justiça, bem como na limitação do *ius puniend* ante a liberdade individual.

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se “no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas”. Em verdade, nesta proposição retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas pretendendo aproximar-se do divino.

Dentre os principais defensores de tal teoria, pode-se mencionar Kant e Hegel. O primeiro compreendia as leis como imperativos categóricos, o que implica em uma fundamentação ética, em oposição aos fundamentos de Hegel, que enfatizou o aspecto jurídico.

Para Kant¹⁶, aquele que descumpra o que o Ordenamento jurídico preceitua não merece ser tratado como cidadão, o que concede ao Soberano a obrigatoriedade de castigá-lo. Quanto à pena, Kant ressalta que o homem não pode ser compreendido como um objeto, sendo inviável assim que se a base do direito de castigar se limite às razões de utilidade social, o que não seria ético.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶MERLE, Jean-Christophe. **A teoria de Kant sobre a justiça criminal: uma justificativa moral?** In: TRAVESSONI, Alexandre (coord.). **Kant e o Direito**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2009, p. 583-602.

Hegel¹⁷ por sua vez, tem sua tese sintetizada na máxima “a pena é a negação da negação do Direito”, tendo uma fundamentação mais jurídica. Tal fundamentação deve-se ao fato de que a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a ordem jurídica. Assim, a pena não se limitaria á concepção de um mal que deve ser aplicado apenas porque houve outro mal, mas sim ao restabelecimento do ordenamento jurídico.

3.2 Teoria relativa ou preventiva da pena

Em oposição à Teoria Absoluta, a Teoria Relativa preceitua que a pena não objetiva à retribuição do fato cometido, mas sim à prevenção de tal prática.

Quanto à prevenção, pode-se subdividi-la em prevenção geral e prevenção especial. Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁸, a prevenção geral fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. Convergindo para tal classificação, é válido mencionar a subdivisão de Rogério Sanches¹⁹, que enfatiza o caráter preventivo geral negativo da pena (significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal) e o caráter geral positivo (demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal).

A ideia da intimidação estaria atrelada a ameaça da pena, que em tese inibiria o agente de cometer a conduta. No entanto, há de se salientar a autoconfiança que é comum aos agentes que vão contra o ordenamento jurídico, o que ressalta a fragilidade de tal ideologia.

A prevenção especial, por sua vez, subdivide-se em prevenção especial negativa, significando a intimidação ao autor do delito para que não tome a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais. O caráter especial positivo, por sua vez consiste na proposta de ressocialização do condenado, tendo por objetivo o fato de fazer com que o agente retorne ao convívio social quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

¹⁷ HEGEL, G.W.F. **Filosofia do Direito**. Editora Unisino e edições Loyola, 2ª edição, 2010, tradução de Paulo Meneses, AgemirBavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹ SANCHES, Rogério. **Manual de direito penal**: parte geral arts. 1 ao 120. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Assim sendo, a teoria da prevenção especial diferencia-se da prevenção geral pelo fato de dirigir-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. Bitencourt assinala que:

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas⁵⁷ e não de penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, portanto, é corrigir ou ressocializar.

3.3 Teoria mista ou unificadora

Almejando suprir as lacunas ou atenuar os pontos negativos da Teoria Absoluta e Relativa, tem-se aquilo que se convencionou chamar de Teoria Mista.

A teoria Mista pode ser compreendida como uma combinação de proposições retributivas e preventivas, pois centralizavam-se na ideologia de prevenção, tendo a retribuição, através da proporcionalidade ou da culpabilidade, exercendo apenas um papel limitador. Sobre isso, ensina Bitencourt²⁰:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado.

Partindo de tal Teoria, pode-se fazer referência à Teoria Adotada pelo art.59 do Código Penal, que preceitua, em linhas gerais, que o juiz atendendo a dados aspectos, estabelecerá a aplicação das penas conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Tem-se, assim, um caráter misto, já que se conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, unificando assim as teorias absoluta e relativa.

²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

3.4 Teorias extremadas da pena

Ainda na abordagem do fundamento e da finalidade da pena, há dois enfoques que merecem destaque: abolicionismo penal e direito penal máximo.

O abolicionismo penal questiona o significado das punições e das instituições, construindo assim outras formas de liberdade e justiça. O movimento considera a descriminalização e a despenalização como soluções para o caos do sistema penitenciário. Segundo os defensores de tal movimento, o método atual de punição, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados.

Almejando a descriminalização e despenalização, o abolicionismo recomenda a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações-problema; o atendimento prioritário à vítima; a guerra contra a pobreza; a legalização das drogas, entre outros.

A respeito de tal enfoque, manifesta-se Luigi Ferrajoli²¹:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.

Em oposição ao abolicionismo penal, vale mencionar o direito penal máximo, caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, almejando à garantia de que nenhum culpado fique impune. Assim, qualquer tipo de infração penal deve ser punido severamente, tendo por objetivo servir de exemplo à sociedade, a fim de que não se propulsione a prática da infração. Sobre a Teoria do Direito Penal Máximo, ensinam Fernandes²² e Franco²³, respectivamente:

²¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²²FERNANDES, L. de M. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, nov./dez. 2007

²³FRANCO, A. S. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Se tratar uma doença significa, primeiramente, diagnosticar as suas causas, para combatê-las, o direito penal máximo, desconsidera essa necessidade, simplesmente despreza os motivos e prescreve sanativos aleatoriamente.

Leis pesadamente punitivas acarretam um aumento enorme da taxa de encarceramento. O número de presos sofre um acréscimo numa proporção que não tem condições de ser adequada à quantidade de vagas. Isso significa a existência de um caótico sistema prisional em que os condenados são aglomerados como ‘sardinhas em lata’, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana e são devolvidos, após um processo de dessocialização, ao meio livre para que, logo em seguida, voltem ao próprio sistema, em razão da prática de novos delitos. As taxas de reincidência retratam o movimento repetitivo e cansativo de uma roda gigante: crime – sistema prisional – dessocialização – crime. O sistema prisional do direito penal máximo é uma máquina trituradora de seres humanos e os que entrarem na engrenagem dessa máquina, dela nunca mais sairão.

3.5 Finalidade da pena no Brasil

O Código Penal brasileiro não se manifestou quanto a teoria que adotou. No entanto, muito se tem discutido sobre a “tríplice finalidade” da pena: retributiva, preventiva, reeducativa.

O caráter preventivo geral se expressaria sempre que se cria o crime, cominando-lhe a sanção penal. Após a prática do crime, ter-se-ia a aplicação da pena, cabendo ao magistrado optar pela função retributiva ou preventiva especial. O caráter educativo, por sua vez, almejaria a ressocialização.

Independentemente de qual finalidade a ser concretizada, sabe-se que há um princípio que deve fundamentar qualquer punição. É o chamado princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental em um Estado Constitucional de Direito. O Brasil, a exemplo, veda toda e qualquer reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante, isto é, qualquer pena que possa vir a lesar a dignidade do cidadão. Sobre o conceito de dignidade humana, esclarece Marcelo Novelino²⁴:

A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação.

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ ensina:

²⁴NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008, p.210.

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001,p.60.

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

Rogério Greco, por sua vez, salienta o caráter “vago e impreciso” que permeia o conceito da dignidade da pessoa humana.

No entanto, mesmo reconhecendo a sua existência, conceituar dignidade da pessoa humana continua a ser um enorme desafio. Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados vagos e imprecisos. É um conceito, na verdade, que, desde a sua origem, encontra-se em um processo contínuo de construção. Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto.

4 A REALIDADE DOS CÁRCERES BRASILEIROS E OS DIREITOS DOS PRESOS

Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio²⁶

Visando assegurar o real zelo pela dignidade da pessoa humana, o legislador explicitou os denominados direitos do preso, que estão previstos no art. 41 da Lei de Execução Penal (Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984):

Art. 41 - Constituem direitos do preso:
I - alimentação suficiente e vestuário;
II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
III - Previdência Social;
IV - constituição de pecúlio;
V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XI - chamamento nominal;
XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Por ora, limitar-se a análise para o disposto no inciso VII do supramencionado artigo, enfatizando-se os direitos intitulados como direitos sociais, previstos também no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, entre eles a educação, saúde e assistência.

²⁶FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (Título Original: Surveiller et punir. Traduzido por Raquel Ramalhe). 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 67

4.1 Do direito à educação

O direito à educação está consagrado tanto na dimensão nacional quanto no âmbito internacional. A fim de ratificar isso, pode-se mencionar artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁷:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Indo ao encontro do supracitado, no Brasil, a Constituição Federal elenca em seu artigo 205 que a educação é direito de todos e dever do Estado. Partindo da análise literal das previsões já mencionadas, percebe-se que a educação é direito de toda e qualquer pessoa, incluindo-se aqui o preso.

De acordo com reportagem divulgada pela Rede Brasil Atual²⁸, os números revelam que a educação ainda está distante de ser um direito efetivado pelos presos, já quem não chega nem a 13% o número de presos que possui acesso a atividades educativas.

Dos mais de 700 mil presos em todo o país, 8% são analfabetos, 70% não chegaram a concluir o ensino fundamental e 92% não concluíram o ensino médio. Não chega a 1% os que ingressam ou tenham um diploma do ensino superior. Apesar do perfil marcado pela baixa escolaridade, diretamente associada à exclusão social, nem 13% deles têm acesso a atividades educativas nas prisões.

4.2 Do direito à saúde

O artigo 14 da LEP estabelece:

Art. 14 – A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

²⁷BRASIL. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.. **Decreto Nº 591, de 06 de julho de 1992**. Brasília.

²⁸OLIVEIRA, Cida de. Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação. **Rede Brasil Atual**. São Paulo, 08 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/07/menos-de-13-da-populacao-carceraria-tem-acesso-a-educacao>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

§ 1º - (Vetado).

§2º - Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Sob a perspectiva da Lei de Execução Penal, a saúde enquanto direito assume tanto a forma preventiva e curativa, já que se garante o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Comparando-se tais garantias legais com a realidade do sistema penitenciário, percebe-se a violação direta do direito social à saúde. Isso ocorre porque a estrutura em si dos presídios, por exemplo, não permite que haja o cumprimento de tal direito. Nesse sentido, relatórios de CPI do Sistema Carcerário²⁹ revelam que:

Faltam médicos e enfermeiros nos presídios. Também há falta de remédios, inclusive medicamentos básicos como analgésicos. Essa precariedade tem feito as doenças se proliferarem, como por exemplo, a Tuberculose e a AIDS, em detrimento dos detentos, funcionários e da própria população. Por isso, podemos considerar os presídios como incubadoras de doenças.

Sobre a violação da saúde enquanto direito, Scapini³⁰ adverte que “é preciso ter presente que as pessoas presas não foram condenadas a passar fome, frio, viverem aglomeradas, a virar pasto sexual, contrair AIDS e tuberculose, dentre outras doenças nos estabelecimentos penais”.

A fim de comprovar que a violação do direito à saúde é uma realidade, pode-se mencionar dois exemplos. O primeiro deles tem por amostra a situação do sistema carcerário no estado do Rio de Janeiro. Em 2016, foram 257 mortes em virtude de doenças que não foram tratadas. Somente até o dia 11 de julho de 2017, já se totalizavam 132 casos de mortes de presos por conta de doenças que não foram tratadas. Sobre tal situação em específico, o defensor público Ricardo André de Souza³¹, do Rio de Janeiro, afirma:

Geralmente é tuberculose e problemas com HIV, que são acentuados. São o que a gente tem chamado de morte silenciosa. Elas são geradas em razão de deficiências do sistema de saúde interno do sistema penitenciário. Sem medo de errar, eu diria que 90% das mortes no interior do sistema prisional do Rio são geradas por doenças e não são mortes violentas como às vezes o senso comum pode pensar.

²⁹ CPI aprovada pelo requerimento 775/95 cuja finalidade consistia em investigar e propor solução no que concerne aos estabelecimentos prisionais. Relatório publicado em 24/06/1997.

³⁰ SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Execução Penal: controle da legalidade. In: CARVALHO, Salo. **Crítica a execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

³¹RJTV. **Número de presos mortos por doenças na prisão aumenta a cada ano no Rio**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-presos-mortos-por-doencas-na-prisao-aumentam-a-cada-ano-no-rio.ghhtml>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

Um outro exemplo que ratifica a violação do direito à saúde pode ser comprovado na capital federal, em Brasília. De acordo com reportagem do Correio Braziliense³²:

Subiu para 2.095 o número de presidiários com doenças de pele no sistema penitenciário da capital federal. Na semana passada, o número era menor. Apenas 692 detentos haviam adoecido. Isso significa que triplicou a quantidade de gente doente.

Os dados supracitados foram divulgados em julho de 2017. Pela análise, percebe-se que apenas uma semana, houve quase a triplicação dos casos(subiu de 692 para 2.095).

4.3 Da proteção à vida e a vedação à tortura/sanções ilegítimas

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tem-se que:

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.

[...]

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

[...]

e) cruéis;

XLVIII – A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Sobre o direito à vida, André Ramos Tavares³³ ensina que “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”.

Indo na contramão do direito à vida, os presídios brasileiros acabam por atrelar a si a imagem de constantes assassinatos. De acordo com reportagem feita pelo Portal G1³⁴, o

³²AUGUSTO, Otavio; FORTUNA, Deborah Fortuna in Correio Braziliense. **Número de presidiários infectados por doenças de pele na Papuda triplica**. 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/07/24/interna_cidadesdf,612077/numero-de-presidiarios-infectados-por-bacteria-triplica.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

³³TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 569.

Brasil teve 379 mortes violentas registradas dentro dos presídios no ano passado. O levantamento foi feito levando-se em consideração os dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal. O número equivale a uma média de mais de um morto por dia, e os dados se referem a todas as mortes consideradas não naturais – o que inclui homicídios e suicídios.

Tal realidade, no entanto, não se limitou ao ano de 2016. Em 2017, já nas primeiras semanas do ano, foram 133 mortes em 15 dias. No dia 1º de janeiro, foram 56 mortos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - Compaj, em Manaus. No dia seguinte, mais quatro, em outra unidade prisional do Amazonas. Depois, no dia 4 de janeiro, duas mortes em Patos, no sertão da Paraíba. Dia 6, 33 na rebelião de Boa Vista, em Roraima. Dois dias depois: mais quatro em Manaus. Posteriormente, foram dois mortos na Casa de Custódia de Maceió, e dois em Tupi Paulista, no estado de São Paulo.

No dia 14 de janeiro, foram 26 presos mortos na rebelião no Rio Grande do Norte. No mesmo dia, houve mais duas mortes em presídios de Santa Catarina e outras duas em uma penitenciária na região metropolitana de Curitiba.

O número de mortes apenas nas duas primeiras semanas de janeiro de 2017 ultrapassou as 111 mortes do Massacre do Carandiru, no estado de São Paulo, em 1992.

Ao se analisar as principais causas para óbitos violentos nas unidades prisionais brasileiras, encontra-se a existência de facções criminosas como fator preponderante. De acordo com levantamento feito pela DW Brasil³⁵, tomando por base relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e mapeamentos divulgados por estudiosos do tema, há pelo menos 83 organizações de presos no Brasil, a maioria com atuação estadual e local.

4.4 Amostra do sistema penitenciário brasileiro: visita ao Complexo de Pedrinhas, no Maranhão

A violação dos direitos assegurados na LEP é, assim como o é em outros presídios, uma marca do Complexo Penitenciário do Maranhão. A princípio, pode-se mencionar visita feita pelos alunos da turma de Criminologia da Universidade Federal do Maranhão ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas, ainda no ano de 2016, especificamente ao

³⁴VELASCO, Clara; REIS, Thiago; D'AGOSTINO, Rosanne. Brasil teve quase 400 mortes violentas nos presídios em 2016. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

³⁵BRASIL, DW. Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios. 2017. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios/a-37151946>>. Acesso em: 26 set. 2017.

estabelecimento destinado a acolher os presos admitidos sob o regime semiaberto de cumprimento de pena.

O estabelecimento visitado pelo grupo de estudantes de Criminologia foi uma Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, que tem sua descrição formal prevista no art. 91 da Lei de Execução Penal, sendo destinada ao cumprimento da pena em regime semiaberto. Mesmo sendo chamada de Penitenciária de Pedrinhas, destaca-se que pela LEP (art. 87), a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Durante a visita, alguns aspectos da Lei de Execução Penal revelaram-se de forma eficaz e outros, em maioria, de forma inexistente quando comparados à realidade.

O art. 1º da Lei assevera que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”, e complementa o art. 3º: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”. Eis o primeiro (e talvez o principal) ponto que comprova a contradição formal-material, uma vez que por fatores visíveis, o estabelecimento em questão não retira do agente apenas o direito a liberdade, mas fere princípios a exemplo do que é fundamento de um Estado Democrático de Direito como a dignidade da pessoa humana. Tal assertiva pode ser comprovada nas celas imundas, na superlotação e em outros aspectos estruturais. Quanto à superlotação (realística e não apenas estatística), vale citar o art. 85 da LEP que afirma que:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Ainda sobre isso, pode-se citar o descumprimento do art. 92, especificamente sobre a Colônia Agrícola, Industrial ou Similar:

Art. 92 O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Ainda quanto ao art. 3.º da referida Lei, é interessante salientar o parágrafo único que assevera que “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”. Eis um outro aspecto digno de discussão, que também encontra fundamentação na alínea a, do art. 92 quanto “seleção adequada dos presos”. Já que a LEP assegura que não deve existir nenhum tipo de distinção, como justificar a divisão carcerária de acordo com as facções criminosas? Por mais aberrante que tal afirmativa possa ser, é o vivenciado nos dias atuais. De um lado, tem-se os adeptos da facção X; de outro, os membros da facção Y e, entre um e outro, há os que integram o “grupo dos sem grupo”. Se isso não é distinção, é o quê? Bem se sabe que, dentre os males, talvez seja esse o menor, ao menos na realidade. Tal divisão contraria também o disposto no art.84, parágrafo 3º, já que acaba por misturar reincidentes com não reincidentes.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

§ 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

§ 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015).

Todavia, é possível observar no parágrafo 4º uma previsão legal que garante a segregação nas ocasiões em que o preso tenha ameaçada sua integridade física, moral ou psicológica, justamente o que ocorre quando se juntam as facções. Percebe-se que a finalidade inicial do dispositivo é de abrangência individual (palavra “preso”), mas são vários os que se encontram nessa situação de ameaça e perigo. Aqui se pode observar o conflito quanto à

aplicação de normas já mencionado anteriormente. Deixar de proteger a vida e integridade do preso seria até mesmo inconstitucional, por isso entende-se que o ideal é que houvesse as duas separações: pelos crimes e pelo perigo que correm, sendo necessária uma constante avaliação e monitoramento dos detentos, mas a estrutura do estabelecimento não torna isso possível.

5 O DIREITO PENAL ENQUANTO “ULTIMA RATIO” E A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão³⁶

De acordo com os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes³⁷, “o direito penal, em suma, é a *ultima ratio*, isto é, o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado (em outras palavras: só deve atuar subsidiariamente)”. Tem-se assim que o caráter sancionatório do Direito Penal só deve ser importado quando não houver outra alternativa.

Na condição de Estado Democrático de Direito, o Brasil impõe as penalidades dependendo das tipificações. O crime pode ter a pena privativa de liberdade, que se divide em reclusão e detenção; restritiva de direito, que somente pode ser aplicada em substituição às penas privativas de liberdade nos casos autorizados em lei e, ainda, multa, também conhecida como pena pecuniária. Nesse último caso, quando se estiver diante de crime, sempre se terá multa cumulativamente a outra modalidade de pena. Caso haja a aplicação isolada da multa, estar-se-á diante de uma contravenção. No Brasil, majoritariamente, quanto à aplicação das penas, tem-se que as penas privativas de liberdade são as preponderantes. O que há é uma verdadeira cultura do encarceramento.

De acordo com o último levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen)³⁸, feito em 2014, o Brasil possuía, naquele ano, a quarta maior população carcerária do mundo, com mais de 622 mil pessoas em regime de prisão - sendo que 41% delas ainda aguardavam julgamento. O déficit de vagas do sistema à época já ultrapassava as 250,3 mil.

De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos³⁹:

A superlotação [...] gera fricções entre os reclusos e incrementa os níveis de violência dos cárceres; dificulta que os presos disponham de um mínimo de

³⁶FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 40 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 218

³⁷GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIACHINI, Alice, **Direito Penal** – V. 1 – Introdução e Princípios Fundamentais, 1ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 27.

³⁸Dados do Depen disponíveis em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>

³⁹COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. [S. l.], 2011. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

privacidade; reduz os espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio etc; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às – geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, constituindo uma verdadeira barreira para o cumprimento dos fins da pena privativa de liberdade.

A CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário⁴⁰ afirmou, em seu Relatório, que a superlotação “é a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”.

Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas [...] Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade.

5.1 Audiência de custódia frente à superlotação carcerária – ADPF 347

Ao cobrar providências para a crise prisional do país, a ADPF 347 determinou aos juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

5.1.1 Fundamentação jurídica e conceito de audiência de custódia

Embora a previsão jurídica da audiência de custódia remeta à Ação de Descumprimento já explanada, tal instrumento possui fundamentação em Pactos Internacionais. Sobre tal fundamentação, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴¹ em seu artigo 9 dispõe que:

ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

⁴⁰ BRASIL, 2009, p. 247.

⁴¹ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ONU, 1966.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Ratificando esse direito, o Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 7 assegura que:

ARTIGO 7

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Exaurindo-se a fundamentação internacional do instrumento audiência de custódia, passa-se agora à conceituação. De acordo com os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a audiência de custódia é a oportunidade de realização de um interrogatório capaz de fazer valer direitos fundamentais garantidos à pessoa presa. Configura-se como um “interrogatório de garantia” que possibilita ao autuado informar ao magistrado suas razões sobre o fato que lhe foi atribuído. De acordo com os autores supramencionados, a audiência de custódia pode ser compreendida como um meio para controlar judicialmente o caráter lícito das prisões.

Já de acordo com Paiva, o conceito e a finalidade da audiência de custódia seriam:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal

Guilherme Nucci, por sua vez, define a audiência de custódia como sendo:

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória).

O Conselho Nacional de Justiça assegura que:

O Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.

5.1.2 Da eficácia do programa de audiência de custódia

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, até janeiro de 2017 foram realizadas 186.455 audiências. Desse total, 85.568 (45,89%) resultaram em liberdade; 100.887 (54,11%) resultaram em prisão preventiva.

No Maranhão, de acordo com dados do Tribunal de Justiça, 3.525 audiências de custódia foram realizadas. Desse total, 1.864 (52,88%) resultaram em prisão preventiva; enquanto que 1.661 (47,12%) implicaram na liberdade provisória do acusado. Observa-se, assim, a eficiência das audiências de custódia ao se combater a cultura do encarceramento, priorizando a liberdade, tendo assim a prisão como a *última ratio*. Sobre isso, ensina o juiz Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi:

As audiências de custódia são uma providência concreta para fazer frente à ideia de que, com a prisão, tudo se resolve, cultura essa que se instalou entre todos nós e está arraigada na forma como agem os atores da justiça criminal, também contaminando o pensamento de todos os setores da sociedade, que têm dificuldade de perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade. Mais presos, mais presídios e mais prisões não estão trazendo a segurança que todos desejamos.

Um outro ponto de discussão sobre as audiências de custódia é quanto ao tipo de prisão que ensejaria a audiência. De acordo com Lopes Junior, a audiência de apresentação caberia não só nas prisões em flagrante, mas para todas, seja ela detenção ou retenção. Esta

análise foi retirada da leitura ao artigo 7.5 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, entendendo que a medida caberá mesmo na prisão temporária e preventiva.

Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva). Também evita que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso (na medida em que o interrogatório judicial é o último ato do procedimento).

(...) Trata-se de uma prática factível e perfeitamente realizável. O mesmo juiz plantonista que hoje recebe – a qualquer hora – os autos da prisão em flagrante e precisa analisa-los, fará uma rápida e simples audiência com o detido. O ato de humanizar, ou seja, tornar tolerável a prisão é um obstáculo a ser vencido, o Brasil há de evoluir muito para permitir que isso aconteça, pois quando se fala em ilegalidade da prisão não é somente com a audiência de custódia que irá se sanar esse problema, serão necessárias outras medidas para que realmente surta efeito tudo o que foi idealizado.

Indo de encontro com o supracitado, Guilherme Nucci tece críticas à audiência de custódia.

Sabe-se haver a velha política criminal para “dar um jeito” na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva.

5.1.3 Mecanismos alternativos à prisão de acordo com o programa de audiência de custódia do CNJ

O Programa prevê ainda a implantação de centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. Seria, assim, a concessão de mecanismos necessários para que a prisão do indivíduo só ocorra, de fato, quando for a *última ratio*.

Atualmente, a legislação brasileira permite o uso da monitoração eletrônica na hipótese prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, como medida alternativa diversa da prisão cautelar ou provisória, e nas hipóteses do art. 146-B da Lei nº 7.210/84, quando o juiz autorizar a saída temporária no regime semiaberto ou determinar a prisão domiciliar. Constata-se, assim, não estar incluso a possibilidade prevista na declaração do ECI. Entretanto, a jurisprudência dos juízos de todo o país e dos Tribunais Superiores vem

admitindo a utilização da monitoração eletrônica mesmo para casos não previstos nos dispositivos supracitados, como nas hipóteses de substituição de regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade diante da inexistência de estabelecimentos adequados ao cumprimento dos regimes semiaberto e aberto impostos nas sentenças condenatórias.

O Programa das Audiências de Custódia prevê ainda a implantação das intituladas Câmaras de Mediação Penal. Aqui, é válido mencionar que a ONU elaborou recomendações para o desenvolvimento da chamada justiça restaurativa nos Estados membros, por meio das Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12.

A justiça restaurativa tem por finalidade atenuar o sistema penal tradicional em que prevalece o aspecto punitivista, que coloca o crime como sendo uma violação contra o Estado e seu ordenamento. Já na concepção de Justiça Restaurativa, o delito atenta contra pessoas e relacionamentos, e sua superação demanda medidas definidas pela vítima, ofensor e comunidade, que são afetados direta e indiretamente pelo conflito.

Segundo a Resolução ONU 2002/12:

[...] a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades [...]

Ressalta-se que:

[...] essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema; permite aos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem-estar comunitário e a prevenção da criminalidade [...].

Ainda sob a ótica da referida normativa, cabe trazer os conceitos estabelecidos, sendo que:

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencingcircles).

A Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público reconhece que na área penal existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal.

Em relação aos crimes de ação penal pública incondicionada, a efetiva pacificação do conflito, independentemente da aplicação de pena que se seguirá, já é por si só razão suficiente para o uso da mediação na busca pela harmonia social. Com efeito, logra-se impedir que novos crimes derivem da desavença inicial.

Desde já, no entanto, é possível que essa reconciliação seja reconhecida pelo Judiciário e produza efeitos penais, sendo considerado durante a dosimetria da pena como circunstância atenuante inominada, nos termos do art. 66 do Código Penal. Por óbvio, essa análise deve ser feita pelo magistrado à luz do crime praticado e suas circunstâncias, sendo valorada apenas quando for considerada efetiva e livre de coações.

Nesse sentido, o art. 4º da Lei 12.850/13 possibilitou que o juiz, a requerimento das partes, conceda o perdão judicial, reduza em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substitua-a por restritivas de direitos, quando ocorrer a chamada “colaboração premiada” de investigado envolvido com organização criminosa.

5.2 Descontigenciamento do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN

O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei complementar 79 de 1994 tendo por finalidade proporcionar a liberação de recursos para financiar a modernização e o aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro. Segundo o Art. 3º da referida legislação:

Art. 3º Os recursos do FUNPEN serão aplicados em:
I - construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais;
II - manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança;

- III - formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário;
- IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais;
- V - implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado;
- VI - formação educacional e cultural do preso e do internado;
- VII - elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes;
- VIII - programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes;
- IX - programa de assistência às vítimas de crime;
- X - programa de assistência aos dependentes de presos e internados;
- XI - participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior;
- XII - publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica;
- XIII - custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos.
- XIV - manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica.
- XV - implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. (Incluído pela Lei Complementar nº 153, de 2015)
- XVI - programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação; e
- XVII - políticas de redução da criminalidade;
- XVII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive da inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária.

O FUNPEN é fundo de natureza contábil que integra o Orçamento Fiscal da União e, de acordo com o Art. 2º da Lei Complementar 79, os recursos são constituídos por:

Art. 2º Constituirão os recursos do FUNPEN:

- I - dotações orçamentárias da União;
- II - doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras;
- III - recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras;
- IV - recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986;
- V - multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado;
- VI - fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal;
- VIII - três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal;
- IX - rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN;
- X - outros recursos que lhe forem destinados por lei.

Diante da explícita falência do sistema carcerário brasileiro, uma das medidas resultantes do julgamento da ADPF 347 foi o descontigenciamento do FUNPEN, obrigando o Executivo a liberar o saldo acumulado.

Sobre isso, o ministro Marco Aurélio afirmou que:

O quadro impõe o descontigenciamento de recursos, com o regular repasse de valores aos entes federados. A regra vigente é linear: cumpridos os requisitos legais, deve ser imediato o repasse da quota-parte do fundo a que tem direito o estado. É dizer, os valores financeiros em jogo são previamente partilhados de forma proporcional entre os entes federados, de modo que o montante a ser transferido a cada qual deve permanecer reservado a essa finalidade, surgindo imprópria destinação diversa.

Após o maior descontigenciamento dos recursos do FUNPEN que ocorreu em 2016, de acordo com reportagem do R7, cerca de R\$ 1,1 bilhão foram liberados para investimentos no sistema prisional, o que corresponde a R\$ 44 milhões para cada estado da Federação. Segundo o MNPCT (Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), os estados solicitaram que 99,83% dos recursos fossem destinados a projetos de construção de presídios e aparelhamento das unidades, o que envolve a aquisição de armas de fogo.

Indo na contramão disso, no entanto, o Presidente do Brasil baixou a Medida Provisória 755, que alterou a destinação e uso de verbas do FUNPEN. Diante disso, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), do Ministério Público Federal (MPF), representou pela inconstitucionalidade da Medida Provisória, sustentando principalmente que a retirada de verbas do FUNPEN para uso em outros setores da segurança pública fere a determinação do STF em julgamento da ADPF 347. Originalmente, 3% da arrecadação das loterias federais iam para o FUNPEN; com a mudança a proporção passou para 2,1%.

Recentemente, em junho de 2017, o ministro relator, Marco Aurélio, impôs o descontigenciamento do Fundo para o Estado da Bahia, que de acordo com o ministro, cumpriu todos os requisitos, o que o fez ratificar seu posicionamento quanto ao FUNPEN ante o quadro de violação de direitos caracterizado no ECI.

6 ECI: DEFESA DE DIREITOS OU UM ATIVISMO JURÍDICO DISFARÇADO?

Diante da violação massiva de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas, expressamente caracterizado na ADPF 347, pelas razões já expostas, torna-se relevante o questionamento quanto ao papel do Supremo Tribunal Federal ante o estágio exorbitante de inconstitucionalidades e, assim, lesão direta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal questionamento emana a partir do instante em que a Corte Suprema passa a interferir diretamente em políticas públicas que deveriam ser adotadas pelos outros poderes, sendo eles o Legislativo e o Judiciário, o que a princípio contrariaria a consagrada teoria da separação dos poderes de Montesquieu.

No entanto, diante da forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial, passa-se a ter uma justificativa para a atuação mais incisiva da Suprema Corte. Sobre tal questão, o ministro relator da ADPF 347 asseverou que:

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.

Percebe-se, assim, que diante do cenário estabelecido, o STF acaba por ser o único que atrela a si a capacidade para superar os bloqueios quanto à articulação de ações que busquem solucionar a crise no sistema penitenciário. Ocorre, no entanto, que tal competência caberia aos demais poderes, uma vez que a função típica do judiciário seria, tão somente, o julgar. É exatamente isso que faz com que juristas e estudiosos do direito levantem a tese de que o ECI, na realidade, seria um ativismo judicial disfarçado. Não concordando, no entanto, com tal ideologia, o Ministro Edson Fachin ensina que:

Pondero que este caso demonstra justamente que a separação entre os Poderes e a política democrática muitas vezes são invocados como escusas para impedir a

atuação, em especial diante da inércia intencional e sistemática dos demais Poderes, de quem deve guardar a Constituição. Não creio que a ADPF 347 esteja sendo utilizada para fazer do STF um espaço de debate constituinte permanente ou para tencionar um uso indevido de sua competência. Ao contrário, quando os direitos de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada.

Indo ao encontro do já mencionado, é válido pontuar que o ativismo jurídico é concretizado a partir do instante em que há lacunas entre a visão formal do que está assegurado na Constituição e aquilo que é efetivado. Buscando, por assim dizer, aproximar a constituição teórica da real, passa-se a permitir que o Judiciário interfira de tal forma que direitos e garantias sejam válidos e efetivados, não limitando-se ao plano utópico. Sobre isso, o professor José Cláudio Pavão Santana⁴², ao redigir artigo, conclui que:

- a) A Constituição possui dimensão formal finita, necessitando de complementação para ser efetivada, tendo como texto de abertura o art. 5º, §2º.
- b) A concretização da Constituição tem como pano de fundo a formalização e consolidação de um sentimento constitucional.
- c) Há uma Constituição contratada decorrente da atividade da Assembleia Nacional Constituinte que sobrevive ao lado da Constituição desejada, sentimento que abre espaço à necessidade de complementação pela ação do ativismo jurídico.
- d) O ativismo jurídico melhor representa a atividade concretizadora da Constituição, pois os advogados e o Ministério Público, também, são propositores de manifestações do Poder Judiciário.
- e) A Constituição é formalmente jurídica, materialmente política e substancialmente compromissária, viés que se assenta na perspectiva cívica como elemento marcante da nacionalidade.
- f) Ao intérprete da Constituição é lícito efetivá-la, sempre e quando ocorra a circunstância do “espaço jurídico vazio”.
- g) A superação da discussão sobre a legitimidade democrática contida da “dificuldade contramajoritária” é ultrapassada pela forma de ascensão dos agentes públicos na Constituição.
- h) A atividade de concretização da Constituição exige limites, mormente quando em jogo as normas orgânico-institucionais, desde que não se confunda a possibilidade de concretização do contratado com a íntima vontade do desejado.

Elival da Silva Ramos⁴³ define o ativismo judicial como:

É o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na

⁴²SANTANA, José Cláudio Pavão. Constituição: Entre o contratado e o desejado. In: RAMOS, Paulo Roberto. O Direito no século XXI: Estudos em homenagem ao Ministro Edson Vidigal. 11. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2010. p. 238-248.

⁴³RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Ao transcrever aula do ministro Teori Zavascki sobre o ativismo judicial, o estudioso Luís Nassif⁴⁴ elenca aspectos que devem ser analisados. O primeiro deles é quanto a pontos da Constituição Federal que levam às discussões sobre os limites da ação do Poder Judiciário. De acordo com a transcrição feita por Nassif, são três os pontos que estão na base do ativismo judicial, na visão do Ministro Teori.

1. O princípio da separação dos poderes, cada qual com seu espaço próprio mastrabalhando harmonicamente.
 2. Princípio democrático, na base do artigo da constituição que diz que todo poder emana do povo e é exercido por seus representantes eleitos.
 3. Princípios na inafastabilidade da função jurisdicional. Ou seja, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito.
- Esses três pontos estão na base do ativismo judicial.

O segundo aspecto é estabelecer a distinção entre as funções do legislativo e do judiciário. De acordo com a transcrição de Nassif, o Ministro Teori assegurou que:

1. O Legislador atua para o futuro. Apenas excepcionalmente atua para o passado. Trabalha com intuição do que vai acontecer. A lei tem âmbito universal e, por natureza, é abstrata, já que é impossível prever todas as situações em que a lei será aplicada.
2. Já o Juiz atua sobre presente ou passado, fatos ocorridos ou na iminência de ocorrer. A lei só passa a ter clareza na medida em um um preceito escrito se transforma em comando concreto. Definir, interpretar a norma significa dar sentido e ela, explicou Teori. A norma - a maneira como a lei será aplicada - é criada pela interpretação que lhe é dada pelo juiz.

Ainda sobre o conceito de ativismo judicial, explica Roberto Barroso⁴⁵:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da

⁴⁴NASSIF, Luis. A aula de Teori Zavaski sobre o ativismo judicial. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁴⁵BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Feveireiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 13, set., 2017.

Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O supramencionado autor assevera ainda que:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, classifica o ativismo judicial como sendo:

[...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição

Esclarecido o conceito de ativismo judicial, é válido mencionar agora a razão que faz com que muitos juristas, a exemplo de Lênio Streck⁴⁶, sustentem a tese de que o ECI é um verdadeiro ativismo camuflado. Para o autor por ora mencionado, é dever do Poder Judiciário garantir o cumprimento da Lei, no entanto isso não justifica uma superposição do Judiciário ante os demais Poderes.

É, sim, dever do Poder Judiciário garantir o cumprimento da lei, independentemente do nome, bonito ou feio, adequado ou inadequado, que a uma situação de descumprimento da lei se tenha dado. Pois a Constituição e a lei são para serem cumpridas. Só que existe uma coisa chamada política, eleições, parlamento, orçamento, enfim, coisas que fazem parte de uma democracia, sem falar do lugar em que vivemos: um país periférico e com um presidencialismo de coalizão, capenga, que dia a dia agoniza. Ou seja, com a crítica ao ECI não estou negando a importância do Judiciário para o cumprimento da Constituição (ele é seu guardião!). Se fosse assim, estaríamos acabando com a ideia de controle de constitucionalidade, com a autonomia funcional do Judiciário e outras tantas prerrogativas que dão os contornos à nossa jovem construção de Estado Constitucional de Direito. Sou um defensor do cumprimento da Constituição; e, quando o Judiciário assim o faz, também sou seu defensor. Por um motivo óbvio: defender a Constituição significa defender a democracia.

⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Um outro ponto também suscitado por Lênio Streck é quanto a caráter retórico que permeia o ativismo. Para o autor, o ECI acarreta o risco de ser utilizado para fins retóricos. Segue a explanação:

Explico: não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê. Ora, na especificidade da questão penitenciária, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário. Além do mais o Fundo Penitenciário Nacional, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foi criado por Lei Complementar (LC 79/94 e regulamentada pelo Decreto 1093/94). Em resumo, com a aceitação da tese da ECI fica cada vez mais difícil fazer a comunidade jurídica entender porque existe uma crise no direito e na sua operacionalidade no Brasil.

Indo ao encontro do pensamento de Lênio Streck, Di Giorgi, Campilongo e Faria⁴⁷, afirmam que:

Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?

⁴⁷ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 02, out, 2017.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Violações de direitos fundamentais no tocante à dignidade da pessoa humana. Esse é o cenário que baseou e foi exposto ao longo deste trabalho de conclusão de curso, levando à ratificação de que o sistema penitenciário brasileiro vive um quadro marcado pelo descumprimento dos direitos insculpidos na Constituição Federal e previstos em Tratados Internacionais.

Emanando em tal contexto, vários são os dispositivos descumpridos, sendo válido elencar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), fundamento de um Estado Democrático de Direito como o Brasil. Decorrendo da violação da dignidade da pessoa humana, há inúmeras outras violações de dispositivos previstos na Constituição Federal, a exemplo do não cumprimento quanto à proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III) e violação dos direitos à saúde, educação (artigo 6º), além do não cumprimento de direitos previstos na Constituição Federal, há outros dispositivos que também são ofendidos, a exemplo de direitos dos presos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Como consequência da violação massiva de direitos, o sistema penitenciário brasileiro tornou-se o espaço propício aos assassinatos, sejam eles literais, com a retirada da própria vida, sejam figurados, com a retirada de toda e qualquer dignidade e consequente condições que pudessem basear o mínimo existencial. Como consequência disso, passa-se a ter um sistema de justiça criminal ineficaz em que a aplicabilidade da teoria da pena limita-se ao acadêmico e a ressocialização, nem de longe, passou a ser um objetivo alcançado.

De acordos com dados do Depen, levando-se em consideração, inclusive, os presos provisórios, os índices de reincidência no Brasil alcançam a faixa de 70%. Percebe-se, assim, que a ressocialização não é atingida, uma vez que parte significativa retorna à prática dos delitos, o que, indiretamente, ainda fortalece o chamado “populismo penal”, consagrado na aversão da população para tratar sobre os direitos dos presos.

Diante da ineficácia do sistema de justiça criminal quanto à ressocialização e ante a violação massiva de direitos fundamentais, a ADPF 437, instrumento basilar deste trabalho, invocou a interferência do STF a fim de superar o quadro.

Sabe-se que, desde o início do julgamento ainda em 2015, inúmeros presos foram assassinados e tantos outros, neste exato momento, estão tendo os seus direitos fundamentais

violados. No entanto, não se pode ignorar os avanços que determinadas medidas, a exemplo das audiências de custódia e do descontingenciamento do Fundo Penitenciário, acabam por ter.

Sabe-se que não se poderá superar o quadro de violação de direitos fundamentais de um instante a outro, uma vez que isso decorre de uma omissão do Poder Público que já se prolonga há anos. Sabe-se, no entanto, que não se pode continuar a banalizar a vida de quem, assim como qualquer outro brasileiro, é detentor de direitos e acaba por está sob a responsabilidade do Estado. Para tanto, compreende-se Estado sob o viés do exercício das funções, sejam elas típicas ou atípicas, do Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Assim, a partir do instante em que a omissão de uma dessas funções do Poder Público passar a agravar o quadro de violações de direitos fundamentais, tem-se que a necessidade de se efetivar o zelo pelo princípio da dignidade da pessoa humana passa a se sobrepor ao conceito de função típica. Nesse sentido, tem-se que sim, que o STF é apto a inferir e articular ações que garantam o cumprimento dos direitos dos presos.

Tem-se assim que não há de se falar em de substituição do Legislativo ou Executivo, mas sim oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada um deles, sendo essa a razão pela qual se deferiu liminar quando no julgamento da ADPF 347, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional. Enquanto o Estado não agir de forma conjunta, os ideais que norteiam o sistema de justiça criminal brasileiro permanecerão no plano utópico; os direitos fundamentais continuarão sendo violados massivamente e o crime continuará sendo a consequência contínua de um cárcere que é cenário para todo tipo de violação, inclusive, descumprimento daquilo que é fundamental em um Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Otavio; FORTUNA, Deborah Fortuna in Correio Braziliense. **Número de presidiários infectados por doenças de pele na Papuda triplica**. 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/07/24/interna_cidadesdf,612077/numero-de-presidiarios-infectados-por-bacteria-triplica.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 13, set., 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Cultura Brasileira. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/beccaria.pdf>>. Acesso em: 04/01/2010.. Acesso em: 12/07/2017, p. 27.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**1. 17. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 21ªedição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, DW. **Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios**. 2017. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos-83-facções-em-presídios/a-37151946>>. Acesso em: 26 set. 2017.

BRASIL. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Decreto Nº 591, de 06 de julho de 1992**.Brasília.

BRASIL. **Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental**, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Lei no 9.882, de 3 de Dezembro de 1999.**Brasília,1999**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 10, set,2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nº ADPF 347**. Repte.(s) : Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"**? 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 out. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional Sala Plena. **Sentencia SU-559 de noviembre 6 de 1997**. Peticionario: Orlando Enrique Vásquez Velásquez contra un juzgado regional de Medellín y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Nacional. Relator: Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Colombia, 06 nov. 1997

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. [S. l.], 2011. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 02, out, 2017.

FERNANDES, L. de M. **Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?** Breves lineamentos sobre a função do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, nov./dez. 2007

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zommer, Fauz1

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 40 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 21

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. (Título Original: Surveiller et punir. Traduzido por Raquel Ramallete). 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 67.

FRANCO, A. S. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIACHINI, Alice, **Direito Penal** – V. 1 – Introdução e Princípios Fundamentais, 1ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 27.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. 1 v.

HEGEL, G.W.F. **Filosofia do Direito**. Editora Unisino e edições Loyola, 2ª edição, 2010, tradução de Paulo Meneses, AgemirBavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

MERLE, Jean-Christophe. **A teoria de Kant sobre a justiça criminal**: uma justificativa moral? In: TRAVESSONI, Alexandre (coord.). Kant e o Direito. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2009, p. 583-602.

NASSIF, Luis. **A aula de TeoriZavaski sobre o ativismo judicial**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008, p.210.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Cida de. **Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação**. Rede Brasil Atual. São Paulo, 08 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/07/menos-de-13-da-populacao-carceraria-tem-acesso-a-educacao>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

RJTV. **Número de presos mortos por doenças na prisão aumenta a cada ano no Rio**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-presos-mortos-por-doencas-na-prisao-aumentam-a-cada-ano-no-rio.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

SANCHES, Rogério. **Manual de direito penal**: parte geral arts. 1 ao 120. 4.ed. Salvador: JusPODIVM,

SANTANA, José Cláudio Pavão. **Constituição:** Entre o contratado e o desejado. In: RAMOS, Paulo Roberto. O Direito no século XXI: Estudos em homenagem ao Ministro Edson Vidigal. 11. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2010. p. 238-248.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001,p.60.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Execução Penal:** controle da legalidade. In: CARVALHO, Salo. Crítica a execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 08 set. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 569.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago; D'AGOSTINO, Rosanne. **Brasil teve quase 400 mortes violentas nos presídios em 2016.** 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 05 jan. 2017.