

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

**A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL**

CAMILLA PINEL COMPER

MANHUAÇU/MG

2018

CAMILLA PINEL COMPER

**A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado no curso de Direito da Faculdade de
Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como
requisito básico para conclusão do curso.

Orientadora: Profª. Fernanda Franklin Seixas
Arakaki
Área de Concentração: Direito Penal

MANHUAÇU/MG

2018

CAMILLA PINEL COMPER

**A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL**

BACHARELADO EM DIREITO

Data: ___/___/___

Banca Examinadora

Nome

Nome

Nome

MANHUAÇU/MG

2018

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	06
2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	08
3. O DIREITO PENAL E O CUMPRIMENTO DA PENA NO BRASIL.....	10
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	11
3.1.1 A LIMITAÇÃO DA PENA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	17
4. O PROCESSO PENAL NO BRASIL NA BUSCA DA EFETIVA PENA.....	19
4.1 HISTÓRICO DA PENA NO BRASIL.....	19
4.2 CUMPRIMENTO DA PENA ANTES E DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	22
5. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	24
5.1 ADPF DE N° 347	25
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
7. REFERENCIAS.....	33

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade da intervenção judiciária para obrigar os poderes públicos, diante o reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional, a tomar as medidas necessárias à concretização dos direitos fundamentais, para tanto, utilizar-se-á as ideias propostas por Foucault (2002) que considera o sistema penitenciário diferente do que era no início porque "o corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. (...) O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos", através de uma pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa e método hermenêutico fenomenológico, vez que o estudo do fenômeno social se mostra de suma importância para a pesquisa, pois diante da crise sistêmica vivenciada no sistema penitenciário brasileiro é um problema que exige medidas urgentes, sendo que a declaração do ECI, por meio da ADPF de nº 347, significa um grande passo dado na busca para a reversão desse quadro de crise, o qual envolve a violação aos direitos humanos e fundamentais dos presos.

Palavras chave: Crise do sistema Prisional, Constituição Federal, Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the constitutionality of judicial intervention in order to oblige the public authorities, in view of the recognition of the unconstitutional State of affairs, to take the necessary measures for the realization of fundamental rights, and to do so, the ideas proposed by Foucault (2002) considers the penitentiary system different from what it was at the beginning because "the body is there in the position of instrument or intermediary; any intervention by him through enclosure, by compulsory labor aims at depriving the individual of his freedom considered at the same time as a right and as a good. (...) The punishment has gone from an art of unbearable sensations to an economy of suspended rights ", through a bibliographical research, qualitative approach and phenomenological hermeneutic method, since the study of the social phenomenon is of paramount importance for research, because in the face of the systemic crisis experienced in the Brazilian penitentiary system is a problem that requires urgent measures, and the ECI statement, through ADPF No. 347, means a great step taken in the search for a reversal of this crisis, which involves the violation of the human and fundamental rights of prisoners.

Key words: Prison system crisis, Federal Constitution, Unconstitutional State of Things.

1. INTRODUÇÃO

A crise no sistema prisional brasileiro por longos anos vêm violando gravemente direitos humanos e fundamentais. A situação após a Constituição Federal de 1988 apresenta-se de forma ainda mais destacada, já que a mesma tem como um de seus fundamentos a dignidade, dentre outros princípios de proteção à pessoa humana.

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988, a consagrada Constituição Cidadã, apesar de contar com 30 anos de promulgação, pouco se modificou em relação às barbáries contra seres humanos que deveriam estar sobre a proteção do Estado enquanto cumpridores de penas, apresentando-se como um Estado omissivo, ao invés de um Estado garantista.

Essa omissão não acontece apenas pela falta de leis, mas, também, da falta de concretização de políticas públicas adequadas. A atual situação fere os preceitos constitucionais e internacionais previstos em tratados sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil faz parte.

Diante esse cenário, percebe-se que essa omissão estatal, vem criando situações massivas e sistemáticas de grave violação de direitos fundamentais, principalmente nos sistemas prisionais.

A pena privativa de liberdade deveria ser um instrumento utilizado a ressocialização do indivíduo que transgride a norma, porém, quando submetido a pena de prisão, o indivíduo acaba por perder vários direitos fundamentais, já que os estabelecimentos prisionais não oferecem estruturas adequadas para que seja cumprido seu papel, logo, o fim a que a pena se destina não é realizada.

Diante da proporção desta crise e a violação massiva de direitos fundamentais da população carcerária, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou ADPF nº 347 (Arguição de Descumprimento DE Preceito Fundamental) com intuito de reconhecer o Estado das Coisas Inconstitucional, que no caso se caracteriza perfeitamente com o quadro vivenciado nos presídios brasileiros, uma vez que não estão sendo respeitados as garantias fundamentais dos detentos.

A Execução Penal funda-se no direito de punir do Estado, mas, deve ser exercido dentro da legalidade, ou seja, deve proteger os direitos e garantias fundamentais do apenado e, cumprir as finalidades da penas. Porém, a realidade

mostra um total descaso do Estado com essas pessoas humanas, que além de terem seus direitos suprimidos, não são ressocializadas, tornando-se ainda mais marginalizadas aos olhos da sociedade.

Nesse diapasão, indaga-se se, diante situações massivas e sistemáticas de grave violação de direitos fundamentais, o chamado estado de coisas inconstitucional, seria possível a intervenção judiciária para obrigar os poderes públicos a tomar as medidas necessárias à concretização dos direitos fundamentais?

Assim, o presente trabalho, tem como objetivo analisar a constitucionalidade da intervenção judiciária para obrigar os poderes públicos, diante o reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional, a tomar as medidas necessárias à concretização dos direitos fundamentais.

O tema proposto possui relevância política, social e acadêmica uma vez que a discussão acerca da situação dos presídios brasileiros vem se arrastando ao longo dos anos e à medida que aumenta a população carcerária a situação se torna ainda mais agravante.

Para tanto, será feito uma pesquisa de caráter bibliográfico, de abordagem qualitativa, cujo método será o hermenêutico, haja vista a necessidade de uma análise jurídico e doutrinária, para a análise do tema. Como marco teórico serão utilizadas as ideias de Michel Foucault (2002) em relação aos problemas existentes no sistema penitenciário.

Assim, o presente trabalho, foi dividido em cinco capítulos. O primeiro trata da introdução abordando sucintamente o que será trabalhado; o segundo capítulo traz a Constituição Federal como garantidora os direitos fundamentais de cada indivíduo, a evolução histórica do cumprimento da pena e a limitação da mesma no que tange a legislação atual; o terceiro capítulo estuda o processo penal no Brasil trazendo sua evolução histórica até o advento da Constituição Federal; o quarto capítulo traz o Estado de Coisas Inconstitucional, seu surgimento e a propositura da ação no Brasil por meio da ADPF 347 e por fim o último capítulo traz as considerações finais do trabalho apresentado.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal é a base e a estrutura do ordenamento jurídico, e nela se encontram todos os princípios utilizados para a conservação dos direitos estabelecidos para toda a sociedade.

Na Carta Magna encontra-se consagrado os direitos fundamentais que são materializados no princípio da dignidade da pessoa humana onde corresponde as principais garantias básicas a existência da pessoa humana.

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2009, p. 195)

O princípio da dignidade humana como preceito ético e fundamental da constituição, reveste-se da característica nuclear que norteia todos os preceitos legais que gravitam na Constituição Federal, sendo o propulsor para a efetivação dos direitos fundamentais, daí ser apontando como valor supremo do fundamento constitucional, que deve ser respeitada, promovida e tem o Estado o dever de proteção.

O Estado Democrático de Direito com fulcro preliminar na proteção da dignidade humana, assegura a todas as pessoas, os direitos fundamentais, respeito à vida e a cidadania.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais, tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana" (SILVA, 2014, p.107)

A plenitude da dignidade humana têm como base, o dever de cumprir o que estabelece os preceitos constitucionais, é o primórdio da essência existencial de uma

constituição, portanto o cumprimento do princípio da dignidade humana é a própria efetivação dos direitos fundamentais que estão declarados na Carta Magna, como preconiza Sarlet, em razão da pessoa humana:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc.III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2012, p. 98).

No que tange, o confronto de princípios, deverá ocorrer à ponderação do que for mais benéfico ao ser humano, sempre com intuito de agregar a proteção da existência e desenvolvimento das pessoas, ao direito mínimo existencial e tal situação não poderá ser relativizada a nenhuma condição que tem o escopo de diminuir ou reter os direitos fundamentais, o que, desprezivelmente, significaria o retrocesso, ou, até mesmo a inexistência da Constituição Cidadã.

Os direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna são preceitos invioláveis e estão presentes em todo o texto constitucional. É evidente a força vinculante dos direitos fundamentais, sendo de responsabilidade dos Poderes Públicos a criação de políticas públicas e meios de efetivo amparo aos direitos sociais para todos os cidadãos.

3. O DIREITO PENAL E O CUMPRIMENTO DA PENA NO BRASIL

Dentre os diversos doutrinadores que conceituam o Direito Penal, vale ressaltar as definições dadas por Mirabete e Fabbrini (2008, p.3):

Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança”; é “o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”; é “o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”; é “o conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, estabelecendo o conceito do crime como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, e associando à infração da norma uma pena finalista ou uma medida de segurança. (MIRABETE E FABBRINI, 2008, p.3)

O conceito de crime está inserido na Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-Lei nº 3914, de 09 de dezembro de 1941, em seu artigo 1º:

Art. 1º: Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 2010, p. 359)

O crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Só é punido aquele que pratica fato contrário à lei. Para haver punição, deve haver um nexo causal entre a conduta do agente, fato típico e antijurídico e o resultado, desde que não estejam amparados pelas causas de exclusão inseridas no art. 23 do Código Penal: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.” (BRASIL, 2010, p. 362).

Portanto se houver algumas das causas de exclusão de ilicitude, o fato será típico, mas não antijurídico, daí não há que se falar em crime, pois falta um elemento essencial para configurá-lo. Desse modo, conclui-se que tudo aquilo que não é proibido é permitido. (WAGNER, 2007)

[] “Crime é o fato humano contrário à lei”; “Crime é qualquer ação legalmente punível”; “Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”; “Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao

Direito, a que a lei atribui uma pena.” (MIRABETE E FABBRINI, 2008, p.81).

Baseado no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que diz: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 2010, p. 27), Greco (2008, p.1), explica o princípio da legalidade e aduz que:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, um dos mais importantes do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. [...] (GRECO, 2008, p. 1).

O direito penal à luz da Carta Magna é destinado a proteger os bens jurídicos essenciais, tanto em nível individual quanto coletivo, os quais possuem grande valor, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana e que não podem ser efetivamente e suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

A palavra pena tem origem no latim *poenae* no grego *poinée* significa dor, castigo, punição, sofrimento, vingança. Desde o início o agrupamento de pessoas causa atritos e estes eram resolvidos conforme a época e os costumes de cada povo.

Para Daher (2012, p. 20) “desde os primórdios, o ser humano violou as regras de convivência, ferindo a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição”.

Como nos explica Michel Foucault, as primeiras sanções sociais eram tidas como “um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a残酷.” (FOUCAULT, 2002, p. 12)

No princípio da formação das sociedades, as penas eram vistas como um meio de punir quem transgredisse as regras de convívio estabelecidas entre eles e não como uma maneira de prevenção contra novas infrações.

A atual concepção de aplicação das penas que temos hoje se dá por meio do estudo de cada fase que a mesma passou, tendo como seu primeiro estágio a vingança

penal se divide em três períodos, vingança privada, vingança divina, e a vingança pública.

A primeira modalidade de pena foi consequência da chamada vingança privada, nesta fase a pena não tinha nenhuma proporção e seu único fundamento era retribuição a alguém pelo mal que houvesse praticado.

Diante das penas incontroladas que eram praticadas surge a necessidade de se limitar a extensão da pena e nasce a vingança limitada, onde se estabeleceu uma noção de proporcionalidade ao aplicar da pena, com a chamada Lei de Talião, cuja retribuição era de igual para igual, punindo com o mesmo mal ou dano causado.

A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que havia sido editada. Isto porque, mesmo que de forma incipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de justiça, embora ainda atrelado à vingança privada. (GRECO, 2016, p 84)

Dessa forma, surge o que se pode chamar de início do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena, uma vez que com a Lei de Talião o poder de punição ao aplicar a pena foi limitado e deveria ser exercido em conformidade com o delito cometido.

O terceiro período se intitula vingança divina que tinha como base a religião na vida das sociedades, nessa fase, as penas eram severas e cruéis visando sempre a intimidação do autor do delito.

[...] determinados povos da antiguidade cultivavam a crença de que a violação da boa convivência ofende a divindade e que sua cólera fazia recair a desgraça sobre todos, todavia se houvesse uma reação, sua vingança contra o ofensor, equivalente a ofensa à divindade depunha sua ira, voltava a ser propicia e a dispensar de novo sua proteção a todos. Surgiu então a figura do juiz representando o povo perante a divindade, passou a exercitar, a justiça retributiva, como modo de expiação da culpa e consequência, aplacando a ira da divindade. (FARIAS JUNIOR, 2001, p. 24).

Nesse período surgiu a figura de um terceiro estranho à relação do conflito que era atribuído aos sacerdotes, cuja finalidade era apontar quem se encontrava com a razão.

Com a evolução social veio então a fase da vingança pública, essa fase foi caracterizada pela ação do Estado em chamar para si a responsabilidade de manter a ordem e a segurança social.

A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal então vigente. Cibia a uma terceira pessoa, no caso o Estado – representante da coletividade e em tese sem interesse no conflito existente –, decidir impessoalmente a questão posta à sua análise, ainda que de maneira arbitrária. Nessa época, as penas ainda eram largamente intimidatórias e crueis, destacando-se o esquartejamento, a roda, a decapitação, força, os castigos corporais e amputações, entre outras.(MASSON, 2009, p 47)

As penas ainda eram aplicadas de maneira cruel, Foucault narra em algumas passagens, julgamentos feitos em praças públicas, como acontece na seguinte passagem:

Enquanto era feita a leitura da sentença de condenação, estava de pé no cadafalso, sustentado pelos carrascos. Era horrível aquele espetáculo: enquanto em grande mortalha, a cabeça coberta por um crepe, o parricida estava fora do alcance dos olhares da silenciosa multidão. E sob aquelas vestes, misteriosas e lúgubres, a vida só continuava a se manifestar através dos gritos horrorosos, que se extinguiram logo, sob o facão. (FOUCAULT, 2002, p. 19)

Com o início da terceira fase da pena começa uma Direito Penal onde o Estado passa a ser detentor do jus puniendi e começa a aplicar de maneira imparcial as punições.

Ao fim desta fase, é de suma importância o estudo do Direito Penal Romano, pois tem grande relevância na construção do Direito Penal contemporâneo.

Pierangeli (2014, p. 366-368) diz que o Direito Romano, é dividido em períodos, onde de início prevalecia o poder do chefe da família, que aplicava as sanções de acordo com sua vontade. Após veio a fase do reinado, que vigorava o caráter sagrado da pena. No período republicano, iniciou a Lei de Talião

A Lei das XII Tábuas teve o mérito de equiparar os destinatários da pena, caracterizando o autêntico avanço político-social, se na República a pena tinha caráter preventivo, passou-se a vê-lo como intimidativo. Durante o Império, a sanção penal

volta a ser rigorosa, restaurando-se a pena de morte e instituindo-se os trabalhos forçados.

Podemos verificar diversas maneiras de se aplicar a penas utilizadas durante as fases do Direito Penal Romano:

Morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela do carrasco para o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos do circo, com os trabalhos forçados: ad molem, ad metallum, nas minas, nas lataniae, lataurnae, lapicidinae (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (a interdictio aqua et igni tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda sorte de castigos corporais. (NOGUEIRA, 1956, p. 22)

Entretanto, foi também a época de significativos avanços na concepção do direito penal romano, reconhecendo-se a divisão entre o público e o privado, desenvolveu-se a doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes, diferenciam-se, quanto ao elemento subjetivo do delito, o dolo de ímpeto e o dolo de premeditação, entre outras conquistas. (NUCCI 2014, p. 54)

Na Grécia Antiga, a punição era de caráter religioso e continuava a representar forte tendência expiatória e intimidativa. Em uma primeira fase, prevalecia a vingança de sangue, que terminou dando espaço ao talião e à composição.

Apesar disso, na concepção de Martins (2003, p. 21) a Grécia Antiga:

Lançou bases para o reconhecimento dos direitos humanos, sendo que sua primeira colaboração foi no sentido de colocar a pessoa humana como centro da questão filosófica, ou seja, passou-se de uma explicação mitológica da realidade para uma explicação antropocentrista.

O Direito Grego tem grande influência no Direito Penal, pois foi a primeira civilização a se preocupar com fundamentos e as finalidades da pena, destacando-se Platão e Aristóteles, ainda que as sanções penais apresentassem caráter sacral. Em Atenas a lei penal se tornou antropocêntrica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.163)

O Direito Canônico, predominado na Idade Média, manteve a punição rígida, porém com o intuito de regenerar o transgressor da norma. A religião e o poder predominavam nessa época.

Surgiram neste período os manifestos excessos cometidos pela Santa Inquisição, que utilizava tortura para extrair a confissão e punir com medidas cruéis e públicas, os culpados. Até este momento não existia proporção para a aplicação da pena.

A Santa Inquisição foi criada na Idade Média, durante o século XIII, sob os ditames da Igreja Católica Romana. Ela era composta por Tribunais que julgavam todos aqueles considerados uma ameaça ao Direito Canônico, aos dogmas e valores defendidos pela Igreja. Bastava mera denúncia anônima para que a pessoa se tornasse suspeita, fosse perseguida e condenada. As pessoas estavam sujeitas desde a prisão temporária ou perpétua até a pena de morte na fogueira, onde os condenados eram queimados vivos em plena praça pública (CHIAVERINI, 2011, p. 31).

No Direito Canônico surgiram as primeiras ideias de pena de prisão e de reforma do delinquente.

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente, para o surgimento da prisão moderna especialmente no que se refere às primeiras ideias de reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciária” e “penitenciárias”. Essa influência veio complementar-se com o predomínio que os conceitos teológicos-morais tiveram, até o século XIII no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas divinas. BITTENCOURT, 2006, p. 44)

Diante do exposto se pode verificar a contribuição do Direito Canônico no aperfeiçoamento do Direito Penal.

Na idade média a pena de morte era aplicada frequentemente com requintes de crueldade e tortura. Segundo FOUCAULT, (2002, p. 12) “é uma pena corporal, marcado por esquartejamento, amputação de membros, marcas simbólicas no rosto e uma exposição do condenado vivo ou morto a um dado espetáculo em praça”.

Até este momento a pena assumia caráter eminentemente retributivo, sancionatório. Não existia ainda a preocupação com a ressocialização do apenado.

Assim, na concepção de Greco (2011, p. 471) verifica-se que desde a Antigüidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado.

O Iluminismo foi o marco da alteração da maneira de pensar da sociedade no que diz respeito à imposição de penas, pois foi durante este período que se inicia o denominado Período Humanitário do Direito Penal, movimento que trouxe a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII.

O Iluminismo trouxe a preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário. A inspiração contratualista voltava-se ao banimento do terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena ganha um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos e não simplesmente castigar (NUCCI, 2014, p. 54).

O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das idéias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas* publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade, (GRECO, 2011, p. 721)

No ano de 1770, surge na França, através de um movimento cultural e político as primeiras expressões dos direitos fundamentais, que mais tarde daria origem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que segundo Greco (2011, p. 472) foi aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Na concepção de Piovesan (2013, p. 191) a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial.

A constitucionalização dos direitos humanos, no século XIX, inaugura uma nova fase no desenvolvimento do sistema de proteção destes direitos. Nessa fase, os direitos constantes das Declarações de Direitos passam a incorporar as Constituições dos Estados e momento em que os Estados acolhem as Declarações em suas Constituições, estas se incorporam à história do constitucionalismo.

Nas palavras de Siqueira e Piccirillo (2009):

Embora os direitos humanos sejam inerentes à própria condição humana seu reconhecimento, sua proteção é fruto de todo um processo histórico de luta contra o poder e de busca de um sentido para a humanidade. Quanto aos direitos fundamentais, estes nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos, a partir do

reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana.

Os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional cada Estado, enquanto a expressão direitos humanos são de direito internacional, pois diz respeito ao ser humano independentemente de qualquer coisa.

Barroso (2016, p. 187-188) esclarece que há o reconhecimento da existência de diferentes categorias de direitos constitucionais, que o conhecimento convencional costuma dividir em esferas de direitos fundamentais, todas elas consagradas pela Constituição brasileira.

O Estado é, portanto, o detentor do *jus puniendi*, entretanto sua atuação é limitada, estando condicionada à lei e durante a aplicação da pena deve respeitar os direitos humanos e direitos fundamentais previstos na legislação internacional e na Constituição de 1988, a pena deve ser útil à sociedade e não apenas aplicada como forma de punição do infrator.

3.1.1 A LIMITAÇÃO DA PENA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Atualmente, existe grande preocupação com a vida de cada ser humano, prova disso é a existência de vários pactos entre nações com o intuito de preservar a dignidade da pessoa humana.

A origem de tal princípio está ligada à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida igualmente como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, em que a dignidade inerente ao ser humano encontra-se em seu artigo 5º, itens 1 e 2.

Diz o art. 5º da Convenção:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores,

quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

A dignidade da pessoa humana é um direito de cada ser humano assegurado pela Carta Magna, com intuito de proteger a pessoa contra todo e qualquer ato degradante e desumano, concomitantemente garantindo as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Nas palavras de Nucci (2014, p. 62) existem dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana, o prisma objetivo e o subjetivo. Sob o prisma objetivo, a dignidade da pessoa humana significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo às suas necessidades básicas, como determina o art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988, o prisma subjetivo, diz respeito ao sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

Conclui Nucci (2014, p. 62) que o Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de direito. O princípio da dignidade da pessoa humana assegura que as penas não sejam cruéis e desumanas e que seja respeitada a integridade física e mental do apenado.

4. O PROCESSO PENAL NO BRASIL NA BUSCA DA EFETIVA PENA

4.1 HISTÓRICO DA PENA NO BRASIL

Quando os colonizadores chegaram ao Brasil, depararam-se com os indígenas habitavam o território e se organizavam de acordo com seus costumes.

No período pré-colonial, os indígenas que habitavam a terra hoje chamada de Brasil apresentavam-se em estado rudimentar de evolução. Caracterizavam-se pelo nomadismo e por uma economia estritamente de subsistência, diferenciando-se por completo do que ocorria com outras civilizações americanas e, notadamente, com as da Europa. (JAPIASSÚ, 2011, p. 41)

Segundo Nucci (2014, p. 59) os indígenas aplicavam sanções conforme seus costumes, muitas vezes estas eram cruéis e podiam implicar até em morte e banimento.

Após o descobrimento do Brasil em 1500, as leis portuguesas foram implantadas passando então a vigorar em todo o território, sem levar em consideração os costumes locais utilizados pelos indígenas.

No início da colonização vigoravam as Ordенаções Afonsinas, o mesmo regime jurídico vigente em Portugal, de caráter religioso, influenciadas também pelo direito romano. Em 1514 foram revogadas pelas Ordенаções Manuelinas, mantendo a base das precursoras, não definindo tipo ou quantidade de pena, ato discricionário do juiz. Foram substituídas pela compilação de D. Duarte Nunes Leão (também denominada Código de D. Sebastião ou Código Sebastiânico), reunindo leis até então separadas e de difícil interpretação e conhecimento por parte dos cidadãos. A compilação deu lugar às Ordенаções Filipinas, vigorando por mais de duzentos anos, sendo seu marco inicial o século XVII. O Código Filipino fundamentava-se nos preceitos religiosos. O Direito era confundido com moral e religião, punindo-se com rigor os hereges, após tatas, feiticeiros e benzedores. As penas eram cruéis e desumanas, tendo como fim principal infundir o temor pelo castigo. (CUNHA, 2015, p. 50)

Segundo Daher (2012, p. 35-36) as Ordенаções do Rei Felipe II, são consideradas o primeiro “Código Penal” adotado no Brasil e eram fundamentadas em preceitos religiosos, com penas cruéis e desproporcionais.

Sobre a legislação supracitada, Souza e Japiassú (2011, p. 43) diz que o Livro V das Ordенаções, que se dedicava à matéria penal e processual penal, utilizava-se de

penas extremamente rígidas. As penas eram impostas com intuito de coibir as práticas delituosas e havia grande diferença na aplicação das sanções entre nobres e a plebeus.

Apenas com a conversão do Brasil colônia em Império, as penas cruéis, desumanas aplicadas foram abrandadas.

Souza e Japiassú (2011, p. 45) explicam que após Inversão Brasileira, em 1808, a Família Real Portuguesa mudou-se para o Rio de Janeiro, que se tornou sede do Reino de Portugal e Algarve, mudanças significativas começaram a ocorrer no Brasil. O processo de modificações que teve início em 1808 acabou por culminar com a proclamação da independência, em 07/09/1822, quando começa a efetiva construção do Estado brasileiro.

Em 10/03/1821, as Cortes Extraordinárias Constituintes de Lisboa decretaram as Bases da Constituição Portuguesa, que foram juradas por D. Pedro no Teatro São João Batista, no Rio de Janeiro, em 05/06/1821. Nos dias seguintes, em sessão continuada da Câmara e do Senado todas as autoridades civis e militares também o fizeram. A adoção das Bases foi demarcada importância para a vida jurídica nacional, já que representaram a sua recepção pelo sistema nacional, em face do que dispunha o seu item 21º. Em decorrência, as Bases tornaram-se obrigatórias para os portugueses aqui residentes, mas não para os nacionais que não eram nem poderiam ser considerados portugueses. As Bases dispuseram que seriam direitos individuais do cidadão, entre outros, a liberdade individual, o direito de petição, a liberdade de pensamento, igualdade de todos perante a lei e a propriedade privada, seguindo, desta maneira, o ideário liberal. Especificamente sobre matéria penal, previu-se que as penas somente poderiam ser estabelecidas nos casos de absoluta necessidade e deveriam ser proporcionais à gravidade do delito. E mais. Aboliram-se todas e quaisquer penas infamantes e cruéis, tais como a declaração de infâmia, a tortura, os açoites, o baraço e o pregão e a marca de ferro em brasa. Tais dispositivos, portanto, representaram um enorme avanço em relação ao que pretendiam as Ordenações do Reino. Por aviso de 28/08/1822, D. Pedro declarou que os juízes criminais deveriam obedecer às Bases, enquanto a Assembleia Geral Constituinte Legislativa não estabelecesse novas regras.

Com proclamação da Independência do Brasil foi promulgada a Constituição de 1824 trouxe em seu art. XXI direitos protetivos e humanitários aos detentos..

Após a proclamação da independência e a promulgação da Constituição de 1824, foi elaborado o Código Criminal do Império, fomentando um direito penal protetivo e humanitário, permitindo a individualização da pena, criando agravantes e atenuantes, estabelecendo julgamento

especial para menores de 14 anos. A pena de morte, ainda presente, ficou praticamente limitada para coibir crimes praticados pelos escravos. Misturando Direito com Religião, tipificou como crime ofensas à crença oficial do Estado. (CUNHA, 2015, p.50)

Na concepção de Nucci (2014, p. 59) o Código Criminal do Império traz grande avanço ao criar institutos (como, por exemplo, o dia-multa) até hoje utilizados pelo direito brasileiro.

A partir do período imperial, inicia-se a preocupação com a humanização das sanções do direito brasileiro, tornando-as mais justas.

No entanto, Souza e Japiassú (2011, p. 47-48) explicam que no caso dos escravos, a pena aplicada no Direito Penal do Império ainda era o açoite apesar da Constituição de 1824 declarar abolidos a tortura, o art. 60, do Código Criminal, previu que, em relação a réu escravo, deveria ser castigado, nos termos da respectiva sentença, em até 50 chibatadas por dia.

Apesar dos avanços que a legislação brasileira trouxe no período imperial, ainda havia muito a ser mudado, em especial após o ano de 1888 com a abolição da escravatura, quando se tornou imprescindível a reforma na legislação penal.

Em 1890, aprovou-se o Código Penal da Era Republicana. Sob muitas críticas, acusado de não ter mantido o mesmo nível de organização e originalidade de seu antecessor, foi mantido até que se editou o atual Código Penal (Decreto-lei 2.848/40), da época de Getúlio Vargas, advindo de projeto elaborado por Alcântara Machado. No meio-tempo, em razão da criação de inúmeras leis penais desconexas, houve a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe (1932). (NUCCI, 2014, p. 59)

No mesmo sentido, Cunha (2015, p. 50) explica que após à proclamação da República (1890), foi sancionado o Código Criminal da República. Atento às restrições impostas pela Constituição de 1891, o Código Republicano permitia às penas de prisão, banimento e suspensão de direitos, instalando o regime penitenciário de caráter correcional.

Ainda consoante Cunha (2015, p. 50) tendo em vista o surgimento de leis modificadores, nasce a necessidade de refazer as normas penais, tarefa assumida pelo Desembargador Vicente Piragibe, resultando, em 1932, na Consolidação das Leis Penais (Consolidação de Piragibe).

Consoante Greco (2011, p. 05) após a proclamação da Independência, em 1822, e ter-se submetido às Ordenações Afonsinas, Manoelinhas e Filipinas, o Brasil editou, durante sua história, os seguintes Códigos:

Código Criminal do Império do Brasil, aprovado em 16 dezembro de 1830; - Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto na 847, de 11 de outubro de 1890; - Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto na 22.213, de 14 de dezembro de 1932; - Código Penal, Decreto-Lei na 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - cuja Parte Especial, com algumas alterações, encontra-se em vigor até os dias de hoje; - Código Penal, Decreto-Lei na 1.004, de 21 de outubro de 1969 - que permaneceu por um período aproximado de nove anos em vacatio legis, tendo sido revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem sequer ter entrado em vigor; - Código Penal, Lei na 7.209, de 11 de julho de 1984 - com esta lei foi revogada, tão somente, a Parte Geral do Código Penal de 1940.

Com a nova Parte Geral, foi promulgada a nova Lei de execução Penal (nº 7.210 de 11/07/1984), específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança. Surgiu assim, o chamado Direito de execução Penal, o qual estabelece regras para o cumprimento da pena, inclusive no tocante aos direitos do preso, dentre os quais se encontra a integridade física e psicológica.

Conclui Nucci (2014, p. 60) que o correto seria a reforma uniforme e sistematizada do Código Penal e da Lei de Execução Penal, de modo a conferir-lhe uma feição de fácil compreensão e de aplicação lógica.

4.2 CUMPRIMENTO DA PENA ANTES E DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ser humano passou a ser o centro do ordenamento jurídico, pois erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da república, e sendo a Constituição Federal a Carta Máxima, nenhuma lei inferior pode contrariá-la, por isso não mais seriam compatíveis com a legislação penal brasileira quaisquer penas que de alguma forma atentassem contra a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar das espécies de pena a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVI, dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, as

seguintes penas: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

Nas palavras de Bittencourt (2012, p. 86) as ideias de igualdade e de liberdade, características do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter humanitário, diferente do que predominou durante o Estado Absolutista, estabelecendo limites à intervenção estatal na liberdade de cada indivíduo. Vários princípios limitadores fazem parte dos Códigos Penais de países democráticos e, receberam base constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade. (BITTENCOURT, 2012, p. 128)

Cunha (2015, p. 295) sustenta que a ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais.

5. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

O Estado de Coisas Inconstitucional surgiu na Colômbia em meados dos anos noventa, como forma de corrigir, com a atuação do Poder Judiciário, graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos

Nas palavras de Campos (2016, p. 95-96) o Estado de Coisas Inconstitucional origina-se de situações de omissão estatal que provocam violação massiva e contínua de direitos fundamentais. Para proteger a dimensão objetiva desses direitos, a corte constitucional colombiana acabou tomando medidas extremas: reconheceu a vigência de um ECI. A decisão busca dirigir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais quando estiverem ocorrendo graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos.

Vieira Júnior (2015, p. 17) esclarece que o Estado de Coisas Inconstitucional trata-se de construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, que tratou do assunto pela primeira vez na Sentencia de Unificación (SU) nº 559, de 1997. Nesse caso, a Corte Constitucional verificou existir um descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de 45 (quarenta e cinco) professores de dois municípios colombianos e de um grupo ainda maior que era alcançado pela situação. Assim, a Corte declarou o “estado de coisas inconstitucional” e determinou que os municípios envolvidos encontrassem solução para a inconstitucionalidade em prazo razoável.

Vieira Júnior (2015, p. 17) explica que a Corte colombiana passou a aperfeiçoar o instituto em decisões posteriores, sendo a Sentencia de Tutela 153/98 um dos casos de maior destaque, em que a Corte Constitucional “declarou o estado de coisas inconstitucional” relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. A Corte constatou que o quadro de descumprimento de direitos fundamentais era generalizado. A superlotação e o domínio da violência nas penitenciárias eram mazelas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. Além de declarar o “estado de coisas inconstitucional”, determinou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias e ordenou a alocação de recursos orçamentários necessários.

Assim, de acordo com Campos (2016, p. 97) a corte constitucional colombiana atua para proteger não um direito fundamental individual, mas o sistema de direitos

fundamentais, sua dimensão objetiva, derivados não de um enunciado constitucional específico e expressivo de uma ordem de legislar, e sim da constituição como um todo. A declaração do ECI mostra-se, dessa forma "mecanismo jurídico" marcado pela "presença de um juiz constitucional muito mais ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos problemas estruturais" que "repercute sobre o desfrute dos direitos fundamentais".

De acordo com a Corte Constitucional Colombiana, entre os fatores considerados pelo tribunal para definir a existência do estado de coisas inconstitucional, destacam-se: a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.

Portanto, o Estado de Coisas Inconstitucional é reconhecido quando ocorrerem violações graves, duradouras e generalizadas de direitos fundamentais de um grande número de indivíduos, diante da clara a omissão de diversos órgãos estatais no cumprimento de seus deveres de proteção aos direitos fundamentais e quando a situação exigir atuação conjunta e sistematizada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis.

5.1 ADPF de nº 347

O PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), partido político com representação no Congresso Nacional, ajuizou a ADPF 347 (Arguição de Preceito Fundamental) buscando o reconhecimento do ECI (Estado de Coisas Inconstitucional) no Brasil no diante da grave crise penitenciária, esta ação utiliza como fundamentos todas aquelas situações de superlotação nos presídios e a sistemática violação de variados direitos fundamentais dos presos, que são privados em dignidade, integridade física,

alimentação, assistência jurídica, saúde, educação, dentre outros, requerendo a declaração do ECI em relação ao sistema carcerário, justificando que o atual cenário se dá por omissões estatais e a falta de coordenação nas ações dos Poderes Públicos.

Na petição inicial, foi exposto a situação do sistema prisional brasileiro, denunciando a situação em que vivem os detentos, afirmando que:

"As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos." (STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015. p. 02)

O quadro descrito pela petição inicial da ADPF 347 mostra a incompatibilidade da situação enfrentada pela população carcerária verificando a violação de direitos e garantias fundamentais asseguradas pela nossa Carta Magna, que decorre de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos e defronte a gravidade dessas situações identificados fica clara a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, principalmente por ser guardião da Constituição. (STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015. p. 15)

Nesse contexto, verificou-se que a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, era o meio ideal para solucionar os problemas no que tange a crise do sistema carcerário, já que se encontram presentes os requisitos para a propositura da referida ação: (1) que exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (2) causada por ato dos Poderes Públicos e (3) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça.

Em relação ao primeiro requisito, é nítida a lesão a preceitos fundamentais, pois a situação dos presídios brasileiros viola a dignidade da pessoa humana dos detentos, prevista no art. 1^a, III, da Constituição, e vários outros direitos fundamentais, como a garantia de respeito à integridade física e moral do detento, o devido processo legal, a presunção de inocência, todos previstos no artigo 5º da Constituição, bem como os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna.

No segundo requisito, tem-se que a crise do sistema prisional brasileiro é originário de atos omissivos e comissivos dos Poderes Administrativo, Legislativo e Judiciário.

Quanto ao terceiro e último requisito, o da inexistência de outro instrumento apto a sanar a lesão, afirmou-se na petição inicial da ADPF 347 que:

“Na hipótese, não há qualquer outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas que possa sanar as lesões a preceitos fundamentais antes ressaltadas. Afinal, não se discute nesta ação a constitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem tampouco alguma omissão legislativa inconstitucional. No arsenal de instrumentos disponíveis na jurisdição constitucional concentrada, não há nenhum outro instrumento, além da ADPF, que se preste a atingir os objetivos colimados nesta inicial.” (STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015. p. 18).

Assim, ficaram expostos os fundamentos de fato e de direito que sustentaram a petição inicial na ADPF de nº 347, justificando, portanto, o pedido de declaração do ECI.

Na petição inicial da ADPF foram apresentados os pressupostos jurídicos do ECI, como (I) a existência de um quadro grave de violação massiva a direitos fundamentais, dando ênfase à superlotação, situação dos presos provisórios, o acesso à justiça, infraestrutura, assistência à saúde, à educação, trabalho do preso, sanções ilegítimas, uso de força, mulheres encarceradas, população prisional e sobre o uso do fundo penitenciário nacional; (II) a omissão das autoridades membros do Poder Executivo, Legislativo e também do Judiciário, bem como os atos descoordenados destes como sendo a causa do ECI; (III) a demonstração da possibilidade de se reverter o quadro inconstitucional por meio de medidas que deverão ser cumpridas por órgãos dos três poderes, buscando em conjunto a reversão do quadro do sistema carcerário. (CAMPOS, 2016. p. 285)

Na petição inicial, defendeu-se que por meio da declaração do ECI, a Corte poderia determinar aos Poderes Legislativo e Executivo que deliberassem e tomassem medidas com urgência acerca do quadro apresentado do sistema carcerário. Segundo o autor da petição, para a declaração do ECI é necessário que sejam respeitados todos os pressupostos exigidos, os quais estão presentes no sistema prisional brasileiro. (STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015. p. 08)

Ainda segundo o autor as verbas do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) grande parcela de seus recursos disponíveis não é efetivamente gasta, havendo grande contingenciamento, e o excesso de rigidez e de burocracia da União para a liberação de referidos recursos aos demais entes federativos é um dos principais motivos da situação precária que se encontra os presídios do país. (ADPF 347,2015. p. 50).

Em sede de medida cautelar, foi pedido: (1) a determinação a todos os juízes e tribunais que justifiquem expressamente as razões que impedem a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, nas hipóteses em que se decretar ou manter a prisão provisória; (2) a determinação a todos os juízes e tribunais para que adotem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; (3) a determinação a todos os juízes e tribunais do Brasil que, quando estiverem por decidir sobre concessão de cautelares penais, aplicação de pena, bem como durante o processo de execução penal, passem a considerar justificadamente a realidade do sistema prisional brasileiro; (4) que os juízes brasileiros, sempre que possível, apliquem penas alternativas à prisão, considerando que o cumprimento de pena em presídios tem sido muito mais severo do que aquele previsto em lei, em razão da realidade fática exposta na inicial; (5) a determinação aos juízes da execução penal o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos quando verificarem as condições de cumprimento da pena mais severa do que as previstas em lei; (6) seja reconhecido que o juiz da execução penal tem o poder-dever de abater o tempo de prisão da pena, caso se verifique que a pena já cumprida se deu em condições muito mais severas do que a prevista em lei; (7) seja determinado ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, com o intuito de possibilitar a revisão de todos os processos de

execução penal em curso no país referente à pena privativa de liberdade, adequando-os às medidas já requeridas acima; (8) Determine o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, e impeça a União de realizar novos contingenciamentos. (105 STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015. p. 69/70)

O autor da petição inicial destacou acerca do plano nacional:

“O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades. (STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015. p. 71)

Em 09/09/2015, a medida cautelar foi julgada, tendo ementa:

“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. (STF; ADPF 347. Acórdão. Julgamento Medida Cautelar. 2015. p. 03.)

No julgamento da medida cautelar, foi dada procedência parcial aos pedidos, tendo sido deferido, por maioria e nos termos do voto do relator Ministro Marco Aurélio, o pedido da alínea “b”, para que fosse determinado a todos os juízes e tribunais que adotassem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que os presos passassem a ser apresentados aos juízes no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento em que ocorreu a prisão. Foi deferido também o pedido da alínea “h”, para que fosse determinado o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e que a União fosse impedida de realizar novos contingenciamentos.

Os demais pedidos da medida cautelar foram indeferidos por maioria. Ainda, por maioria dos votos, o Tribunal deferiu a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso para concessão de cautelar de ofício para que determinasse à União e aos estados, e especificamente ao estado de São Paulo, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

A maioria dos ministros, no julgamento da medida cautelar, reconheceu expressamente a existência de um ECI, sendo que todos admitiram a necessidade de intervenção do Supremo ante a situação de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais dos presos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto fica evidente a importância do estudo feito no presente trabalho, tendo em vista a grave crise institucional que o sistema prisional brasileiro tem vivido, na qual o principal problema é a violação de garantias fundamentais da população carcerária causada pela crise em seu sistema. Essa crise resulta de muitos fatores que têm como consequência uma política criminal repressiva e criminalizadora.

Tendo em vista a dimensão do problema em relação ao sistema carcerário do Brasil, constatamos a ineficiência das políticas públicas e a aplicação das normas vigentes para alcançar a reversão do quadro identificado de violação massiva a direitos humanos e fundamentais, concluindo-se pela necessária intervenção judicial do STF.

A intervenção judicial, neste caso, se justifica pela grave situação de omissão estatal e diante de omissão constitucional de ordem estrutural que causa a violação de direitos humanos e fundamentais, como é o caso, é necessária a intervenção do Poder Judicial para que este tome medidas estruturais, implementando políticas públicas que envolvam a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com o fim de reverter o quadro de violação desses direitos.

O estado calamitoso do sistema carcerário brasileiro é o fundamento fático para a propositura da ADPF de nº 347, proposta pelo PSOL, na qual se denunciou, da maneira mais correta a crise no sistema penitenciário, tendo como um dos principais pedidos a declaração do ECI.

No julgamento dos pedidos de medidas cautelares requeridas na supramencionada ação, foi dada a procedência parcial aos pedidos, tendo sido deferido, por maioria e nos termos do voto do relator Ministro Marco Aurélio, o pedido da alínea “b”, para que fosse determinado a todos os juízes e tribunais que adotassem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que os presos passassem a ser apresentados aos juízes no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento em que ocorreu a prisão. Foi deferido também o pedido da alínea “h”, para que fosse determinado o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e que a União fosse impedida de realizar novos

contingenciamentos. Ademais, foi reconhecida expressamente pela maioria dos ministros um ECI em relação ao sistema carcerário do país.

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a crise no sistema penitenciário brasileiro é um problema sistêmico que exige medidas urgentes, sendo que a declaração do ECI pelo STF, por meio da ADPF de nº 347, já demonstra um grande passo dado na busca para a reversão desse quadro de crise, o qual envolve a violação aos direitos humanos e fundamentais dos presos.

Portanto há necessidade urgente de uma transformação política e social a respeito do sistema carcerário brasileiro, devendo ser reconhecida dentro da falha estrutural identificada, a situação de extrema calamidade dos presídios é motivo fundamental da intervenção do STF, guardião da Constituição, sendo a declaração do ECI o caminho para a reversão do quadro de crise sistemática identificado.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: set 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: set 2018

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: out. 2018

CHIEVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado) - Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: ago 2018

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal: parte geral**. 3^a Ed. revista, ampliada e atualizada. Bahia, Editora JusPodivm, 2015.

DAHER, Roberto José. **História do direito penal**. Revista Eletrônica FACP, Ano I, nº 1, Janeiro de 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2011.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de Criminologia**.3.ed.Curitiba: Juruá,2001

FOUCAULT; Michel. Trad. VASSALO; Ligia M. Ponde. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 1984.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Curso de direito penal**: parte geral. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 2. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Método, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. _____. **Direitos Humanos fundamentais**: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. São Paulo: Saraiva, 1956.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** – 14. ed., rev., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37º ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores Ltda, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: ago 2018

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequence=1>> Acesso em: out. 2018