

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL - UEMS
UNIDADE UNIVERSITÁRIA PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

Ivan Mateus Salustiano de Freitas

**TRANSGRESSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO PENAL E O
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

PARANAÍBA - MS
2016

Ivan Mateus Salustiano de Freitas

**TRANSGRESSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO PENAL E O
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão do Curso de graduação em
Direito, da Universidade Estadual de Mato
Grosso do Sul – UEMS.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Muraro Novais

PARANAÍBA - MS
2016

F936t Freitas, Ivan Mateus Salustiano de Freitas

Transgressões de direitos fundamentais na execução penal e o Estado de coisas inconstitucional/ Ivan Mateus Salustiano de Freitas. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.

54f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr Fabrício Muraro Novais.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Execução penal. 2. Garantismo penal. 3. Direitos fundamentais. I. Freitas, Ivan Mateus Salustiano. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

IVAN MATEUS SALUSTIANO DE FREITAS

**TRANSGRESSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO PENAL E O
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Redação final de monografia aprovada como trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em 18 / 11 / 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabrício Muraro Novais (Orientador)
Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof^a. Esp. Delaine Oliveira Souto Prates
Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS)

Dr. Anderson Royer
Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS)

Este trabalho é dedicado a todos que me acompanharam nesse caminho, que mesmo com episódios relapsos me suportaram, e principalmente à minha família, que amo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida e da humanidade, pois é devido a Ele a capacidade de errar, mas de aprender e realizar escolhas.

Agradeço a minha família, que sempre esteve do meu lado, a fim de me dar sempre o suporte necessário, em especial nunca me deixando faltar forças para concluir esta caminhada.

De especial modo, direciono meus agradecimentos à minha avó, Maria Jurceni, e à minha mãe, Ana Paula, que sempre demonstraram apoio inabalável.

Não posso furtar-me a registrar o meu agradecimento aos professores do Curso de Direito e aos meus colegas de curso, com os quais pude estabelecer uma rica convivência pessoal e intelectual ao longo de todo esse tempo.

Agradeço ainda a todos os funcionários e ao corpo docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, que tornaram possível que eu pudesse fazer esse curso.

Registro meus profundos agradecimentos aos colegas que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho e que, lado a lado, permaneceram comigo desde o início do curso, em especial à Bárbara, Marilene, Ricardo, Marília, José, Cecília, Daniel, Luciano, Ananda, Carlos e Cristhiano.

Agradeço ainda a minha namorada Gabriela, que por vezes conviveu com minhas tensões, angústias, desânimos, incertezas e decepções, mas nunca me deixou ao relento do desespero, sempre a me cobrar e me entusiasmar para o término deste feito.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Fabrício Muraro Novais, que com muita habilidade se mostrou exímio conhecedor das áreas do Direito. Um professor completo que com seu enorme conhecimento me proporcionou o mais profundo aprendizado.

Agradeço, ainda, à Prof. Delaine, que sempre trouxe sua experiência para a sala de aula, a fim de proporcionar um real aprendizado a seus alunos, e que, além disso, aceitou prontamente o convite para ser examinadora do presente trabalho.

Expresso profundo agradecimento ao Dr. Anderson Royer, que sempre foi fonte de inspiração para aqueles que o acompanham em sua jornada e prontamente atendeu ao convite para examinar este trabalho.

Por fim, direciono agradecimentos a meu pai, Jader, que sempre foi e será grande fonte de inspiração para os dias de minha caminhada.

A prisão não são as grades, e a liberdade não é a rua; existem homens presos na rua e livres na prisão. É uma questão de consciência.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa demonstrar a necessidade de se atentar quanto à atual situação da execução penal brasileira, que conforme se pode observar, tornou-se instrumento de violação de direitos fundamentais, desconsiderando a dignidade da pessoa humana e afastando o princípio da humanidade das penas. É justamente na execução penal em que se encontra tamanha barbárie capaz de ser em parte responsável pelos altos índices de reincidência criminal no Brasil. Assim, há a análise dos direitos e garantias fundamentais básicos do apenado, a fim de compreender tamanha transgressão de direitos na execução da pena. Diante de tamanho caos e ingerência das políticas públicas em relação à execução penal, principalmente na área estrutural, estuda-se ainda o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal do instituto jurídico denominado pela corte colombiana de Estado de Coisas Inconstitucional, onde, diante de grave violação de direitos fundamentais, torna-se necessária a interferência do Poder Judiciário a fim de alterar as políticas da administração pública e aplicação orçamentária devida.

Palavras-chave: Execução Penal. Garantismo Penal. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This academic work, aims to demonstrate the need to look on the current situation of penal execution in Brazil, which as you can see, it became an instrument of violation of fundamental rights, which disregards the dignity of the human person and ends up by move the principle of humanity of penalties. It is precisely in the penal execution is such barbarism that is capable of being partly responsible for high rates of recidivism prosecution in Brazil. Thus, there is the analysis of the fundamental rights and guarantees basic of the condemned, in order to understand such a transgression of rights in the execution of the sentence. Against of huge chaos and mismanagement of public policies in relation to the penal execution, mainly in the structural area, studies yet the recognition by the Federal Supreme Court of the legal institute referred to by the “unconstitutional state of things”, where the situation of human rights generally are violated, makes necessary the interference of the judiciary to change the policies of public administration and enforcement budgets due.

Keywords: Penal execution. Penal Guarantee. Fundamental Rights. Judicial Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSTITUTOS PENAIS.....	11
2. A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI	21
3 O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE PENA	25
3.1 A Origem Da Pena	25
3.2 A Finalidade Da Pena	28
3.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas	29
3.2.2 Teorias Relativas ou Utilitaristas	29
3.2.3 Teorias Mistas – Ecléticas ou Intermediárias	30
3.2.4 Teoria da Prevenção Geral Positiva	31
4 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: Previsões e Realidade	33
4.1 Direitos Essencialmente Previstos Para A Execução Penal.....	34
4.2 A Atual Situação Da Execução Penal No Brasil	38
5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEU RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	43
5.1 A Decisão No Supremo Tribunal Federal	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

O Brasil tem experimentado ao longo dos anos um aumento exponencial da massa carcerária e de seus índices de violência, de modo que, apesar de ter uma legislação avançada, com previsões garantistas e todo um suporte constitucional digno do Estado Democrático de Direito, os apontamentos em relação à estrutura e devida aplicação da norma pelo Poder Público parecem ter se estagnado.

Buscar-se-á apresentar uma breve evolução dos direitos fundamentais juntamente com institutos penais garantidores que precederam toda a esfera constitucional vigente, onde buscou-se concretizar a ideia de proteção à dignidade da pessoa humana, sua integridade e liberdade.

É justamente em relação a essas garantias que se pretende demonstrar as transgressões de direitos fundamentais na execução penal brasileira, que possui resultados alarmantes, principalmente em relação à reincidência criminal.

Em relação a isso, aparentemente, toda a problemática da execução penal brasileira se dá por irresponsabilidades e desgovernos por parte do Poder Público, principalmente de ordem estrutural.

Nesse ínterim, visa o presente trabalho a verificar garantias fundamentais e constitucionais, inclusive previstas em legislação especial, mais especificamente na Lei de Execução Penal, confrontando tais disposições com a realidade.

Em relação à realidade, tem-se que toda a gama do sistema acaba por gerar enorme infelicidade a todos que estudam e vivenciam com esse meio, haja vista que o resultado buscado pela execução, que deveria ser a readaptação, a ressocialização e a reintegração do apenado à sociedade, mostra-se totalmente incapaz de alcançá-los, sendo apontado inclusive por “faculdade do crime” pelo senso comum, em clara dificuldade de se realizar a função “ressocializadora” da pena.

E por fim, diante da exposição de possíveis ingerências do Poder Público, procurará o presente trabalho apontar a importação do instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional.

Se dá o presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e pelo método dedutivo-indutivo, justificando-se ante o crescimento exponencial da massa carcerária e de conhecimentos preliminares quanto à falência de todo um sistema penal.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSTITUTOS PENAIS

Para que se compreenda a distinção doutrinária no que diz respeito à denominação dos direitos fundamentais, é necessária a pontuação do período em que surgiram, posto que os “direitos fundamentais têm uma longa história” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 22), pois nasceram gradualmente, considerado o momento histórico, “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 9).

Ainda que não ocorra unanimidade entre os diferentes autores, possível é que se apreenda que já na Antiguidade, especificamente no Egito e Mesopotâmia, a ocorrência de alguns direitos da pessoa humana enquanto proteção individual em face do Estado. O Egito foi pioneiro em constituir um sistema jurídico individualista e os mesopotâmios desdobraram textos jurídicos, denominados aqui já por códigos, os quais mantinham regras de direito (GUERRA, 2008, p. 3). Ainda, de acordo com Moraes (2011, p. 6), o código de Hammurabi foi o primeiro a estabelecer rol mínimo de “direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”.

Pertinente se faz o apontamento quanto à presença de limitação da pena, já no Código de Hamurabi, onde se verifica a Lei de Talião, qual seja, “olho por olho, dente por dente”, por esse princípio a pena não seria desmedida, mas sim proporcional ao delito cometido.

Já a convicção da existência do direito de todos em serem respeitados igualmente está ligada à lei escrita, que encontra na Grécia, mais particularmente em Atenas, grande fundamento da sociedade política (COMPARATO, 2005, p. 12). Eis que, na Grécia surge “estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem” e a “crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas” (MORAES, 2011, p. 6). Porém, o Direito Romano instituiu mecanismos que tinham por finalidade proteger “os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais”, de modo que a Lei das Doze Tábuas “pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão” (MORAES, 2011, p. 6).

Em sequência, tem-se o período influenciado pelo Cristianismo, onde a ideia do humano criado à imagem de Deus fora de grande contribuição (BASTOS, 1997, p. 166). Ainda, em tal período, o homem vincula-se a uma divindade e apresenta dois valores: a

dignidade da pessoa e a fraternidade universal (GUERRA, 2008, p. 6). Baseando-se na igualdade de todos os homens, sem distinção de “origem, raça, sexo ou credo”, o cristianismo “influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2011, p. 6).

Por sua vez, a Idade Média, representa o início da limitação do poder estatal, concebido como grande novidade histórica (GUERRA, 2008, p. 8). Tal período comina no ápice dos “antecedentes mais diretos das declarações de direitos” (SILVA, 2015, p. 151), que “reconheciam a existência dos direitos humanos” e objetivavam, em suma, a limitação do poder estatal (MORAES, 2011, p. 7).

Entre os mais importantes documentos históricos de declarações de direitos, encontra-se, na Inglaterra, a Magna Carta de 1215, outorgada por João Sem-Terra (MORAES, 2011, p. 7). Tal documento é, portanto, um marco histórico consagrado, pois limitava a soberania do monarca, vinculando-o às próprias leis, além de estabelecer “princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei devia respeitar” (GUERRA, 2008, p. 8-9).

Importante destacar que também a Magna Carta já trazia a previsão da proporcionalidade da pena, vejamos o item 20, da referida carta:

20. Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito. (INGLATERRA, 1215).

Depois de ter o período medieval experimentado a “crise da consciência europeia”, questionando-se as certezas tradicionais do campo artístico, literário, político e científico, a Inglaterra viveu, novamente, um sentimento de liberdade (COMPARATO, 2005, p. 47). Eis que surgem, então, declarações de direitos “decorrentes do processo de maturação da sociedade e do desenvolvimento social e histórico” (GUERRA, 2008, p. 9).

É o caso da “Petition of Right” (Petição de Direitos), de 1628, a qual confirmava as liberdades previstas na Carta Magna de 1215, em específico, aos súditos do rei (GUERRA, 2008, p. 9); do *Habeas Corpus* de 1679, que regulamentou tal instituto e tornou-se importante, uma vez que “essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais” (COMPARATO, 2005, p. 86); e da “Bill of

Rights” (Declaração de Direito), de 1689, cujo documento transformou a monarquia em uma “monarquia constitucional”, submetendo então a monarquia à soberania popular. Representou a separação dos poderes no Estado e criava com tal divisão uma garantia institucional, termo assinalado pelos constitucionalistas alemães no século XX, que diz respeito a “uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana” (COMPARATO, 2005, p. 90-91).

Mister se faz elencar, na *Bill of Rights*, que é considerado um dos mais importantes documentos ingleses apontados na evolução dos direitos fundamentais, a presença da limitação em relação à pena, demonstrando mais uma vez que, de mãos dadas à evolução de direitos fundamentais, tem-se a evolução de previsões garantistas ao instituto penal, declarando em seu item 10 que “não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado deveras” (INGLATERRA, 1689).

No mesmo período, porém, na América do Norte, encontram-se Declarações de Direitos que “enunciam e garantem direitos fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 24). Com a mesma importância para a evolução de referidos direitos (MORAES, 2011, p. 8), pode-se destacar a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, a qual elencava direitos como a “liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 24).

Nesse sentido, expôs a Declaração de Direitos de Virgínia que:

VIII - Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares.

Pode-se perceber no item apontado a previsão do devido processo legal, bem como do contraditório e da ampla defesa, ainda o direito a não produzir provas em seu desfavor e bem como a presunção de inocência. Tal Declaração, ainda elenca em seu item IX que “Não serão exigidas fianças ou multas excessivas, nem infligir-se-ão castigos cruéis ou inusitados”, assim proibindo penas demasiadamente degradantes ou desumanas.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, cujo documento, eivado de tamanha relevância, concentrou os feitos na limitação do poder estatal (MORAES, 2011, p. 9) e “representou o ato inaugural da democracia moderna”

(COMPARATO, 2005, p. 95); e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, que buscou consolidar a limitação quanto ao poder dos governantes, com a separação dos poderes estatais (MORAES, 2011, p. 9). Ambos acabaram ainda por consolidar a previsão de uma liberdade digna a seus cidadãos e a garantia de apenas serem punidos após um procedimento legítimo e garantidor de seus direitos, nesse sentido, traz a Emenda nº 5 à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 os seguintes termos:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

Ainda, no mesmo íterim a Emenda nº 6 ratifica a previsão do devido processo legal, do direito ao contraditório e à ampla defesa, garantindo ainda o direito de defesa técnica. Assim, vejamos:

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

Por tudo que se segue, é possível a realização de que a evolução dos direitos fundamentais, conforme já elencado, tem profunda relação com a evolução de institutos penais, no sentido em que estabelece direitos e garantias essenciais ao acusado para que antes de tudo, não sofra penas indevidas, injustas ou desumanas.

Mais à frente, nota-se que a normatização dos direitos fundamentais, na França (MORAES, 2011, p. 9), com as Declarações de Direitos da Revolução Francesa. Vista, atualmente, como a mais célebre, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 atesta o fim do Antigo Regime, “constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais” e torna-se uma “espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos” (COMPARATO, 2005, p. 146). Por suas características universais e racionais, a mesma é considerada válida a toda a humanidade (BASTOS, 1997, p. 167), pois os

revolucionários de 1789 “julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros” (COMPARATO, 2005, p. 130).

Em considerando também a evolução paralela de garantias penais, podemos verificar também aqui a existência e consolidação de tais direitos conforme se confirma em vários artigos da citada declaração. Vejamos:

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789).

Já no século XX, as declarações de direitos “procuraram consubstanciar duas tendências fundamentais: universalismo, implícito já na Declaração Francesa de 1789, e socialismo”, em sentido específico de “surgimento dos direitos sociais” (SILVA, 2015, p. 164, destaques no original). Cumpre salientar que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, devidamente definida pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1946, foi elaborada durante a Segunda Guerra Mundial e “retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade, e da fraternidade entre os homens” (COMPARATO, 2005, p. 223).

Norberto Bobbio (2004, p. 28) aduz que tal declaração consiste num sistema universal de fato pela primeira vez na história. E que, “na medida em que o consenso sobre a sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado”, ou seja, a certeza que a humanidade “partilha alguns valores comuns”. Ou, ainda, conforme Bonavides (2004, p. 578), “é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna dos oprimidos, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano”.

Os artigos da Declaração, de acordo com Dallari (2009, p.213):

revela que consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo

uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos (DALLARI, 2009, p. 213).

A partir de então, buscaram-se nas Constituições contemporâneas assegurar a efetividade das declarações de direito através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, denominadas garantias constitucionais dos direitos fundamentais (SILVA, 2015, p. 167).

Nesse sentido, encontramos a denominação específica para direitos fundamentais que se ligam à Execução Penal e ao Direito Penal, qual seja princípios penais constitucionais, o que consubstancia a ideia de que as Constituições contemporâneas visam assegurar toda a evolução de garantias e direitos previamente conquistados.

Ou seja, os princípios penais constitucionais são as proposições básicas de todo o sistema penal nacional, o que condiciona toda a estrutura, alicerçando as bases para a real efetividade e exercício desse ramo do Direito, lidando com uma parte bastante delicada da vida humana, qual seja, a liberdade do indivíduo.

Podemos elencar primeiramente o princípio da humanidade das penas, trazido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XLVII, que dispõe:

Art. 5º - [...]
 XLVII – não haverá penas:
 a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
 b) de caráter perpétuo;
 c) de trabalhos forçados;
 d) de banimento;
 e) cruéis. (BRASIL, 1988)

Ainda, cabe destaque ao inciso XLIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê a garantia de ser assegurado aos presos os direitos à integridade física e moral.

Considerado princípio de grande destaque, é tratado como o maior freio do Estado na aplicação de penas exorbitantes, sejam capitais ou de caráter perpétuo, nesse sentido, aduz Bitencourt (2003, p. 15) que “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”.

Outro que merece especial destaque trata do princípio da intervenção mínima ou da necessidade, segundo o qual, leciona perfeitamente Luisi (2003, p.40):

A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º caput), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a

dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se, de um postulado nela inequivocamente implícito (LUIZI, 2003, p. 40).

No sentido exposto pelo ilustre doutrinador, resta evidente a estrita necessidade da pena quando da intervenção estatal, posto que, são invioláveis os direitos fundamentais da pessoa humana. Logo a necessidade da pena seria norteadora para legitimá-la.

Ainda, quanto à aplicabilidade da pena, há a previsão da não apreciação por mais de uma vez de um único fato delituoso, qual seja o princípio do *non bis in idem*. Sobre o presente princípio, leciona Damásio de Jesus (2013, p. 54):

Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Possui duplo significado: 1º penal material: ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; 2º processual: ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Ressalte-se, ainda que não previsto expressamente no texto constitucional, o presente princípio é inerente ao Estado Democrático de Direito, colacionado na Constituição Federal de 1988.

De todo modo, deve-se elencar o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Necessário é, então, a percepção de que o Direito Penal deverá agir apenas na guarda de “bens jurídicos” tutelados, o que significa, previamente estipulados pelo legislador.

Insta salientar que por bens jurídicos temos uma grande universalidade tutelada pelo Direito Penal e que extrapolam a mera área da integridade física ou patrimonial, como, por exemplo, a economia, tributação, dados, e etc.

Assim, vejamos o exposto pelo ilustre professor:

Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. (FERRAJOLI, 2002, p. 178)

Temos por conclusão, então, que não basta o bem jurídico e também a ofensa, tem de haver a necessidade para a tutela, qual seja, o reconhecimento de importância de determinada seara para que seja elencada sua proteção.

Adiante aos citados princípios penais constitucionais, temos o da legalidade, que em muito se assemelha ao princípio anterior, mas que, porém, na seara penal é trazido como legalidade estrita, que conforme ensinamentos de Ferrajoli (2002, p. 31), “[...]é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível”.

Em continuidade, encontramos o princípio da presunção de inocência, que na nossa Constituição encontra previsão em seu art. 5º, LVII, segundo qual dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

É com base no presente princípio que a pessoa deveria apenas passar a cumprir qualquer previsão de pena em face da irrecorribilidade de uma decisão condenatória, ou seja, com o trânsito em julgado.

Todavia, em recente decisão do STF, tal concepção foi mudada, passando a ser aceito aquilo que a melhor doutrina denomina de “execução provisória da pena”. O julgamento do HC 126292/SP, com relatoria do Min. Teori Zavascki acabou por superar o posicionamento anterior, que protestava pela não aceitação do cumprimento de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, conforme se apreende da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016).

Cabe destaque o posicionamento daquele relator, para quem “a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado” (BRASIL, 2016), elencando ainda que:

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento

de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, 2016).

É perceptível ainda, a mudança de previsões constitucionais, para o fim de adequação da norma constitucional à realidade processual e jurisdicional.

Necessário elencar ainda, o princípio do contraditório e da ampla defesa, que tem sua previsão solidificada no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O contraditório por sua vez, explica Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 67):

Quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.

Nesse sentido, conforme explica o nobre doutrinador, trata o contraditório de garantia processual, que busca o equilíbrio de alegações entre acusação e defesa, sem que um veja-se privilegiado em detrimento do outro.

Já a ampla defesa, como a própria nomenclatura aduz, tem íntima relação com a defesa, garantindo-lhe o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender das imputações feitas pela acusação, reconhecendo a hipossuficiência entre o acusado e o Estado, que se vale de seus agentes e órgãos devidamente constituídos e preparados, além de informações de todas as fontes das quais possam ter acesso (NUCCI, 2014, p. 65). Em suma, elucida o referido doutrinador, a ampla defesa é a compensação devida pela força estatal.

Por fim, encontramos o princípio da individualização da pena, que, como outros, possui previsão constitucional no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, expressando que “a lei regulará a individualização da pena” (BRASIL, 1988).

Em relação ao princípio em comento, é precípua considerar que não se trata simplesmente da pessoa do acusado. Tem a individualização três fases distintas, sendo a primeira a legislativa, onde cria-se o tipo penal – estabelecendo-se a conduta e a pena mínima e máxima em abstrato; a segunda trata-se da judiciária, onde o magistrado vale-se da sentença penal condenatória para a individualização – valendo-se das circunstâncias e elementos que permearam a prática delitiva; e a terceira trata da fase executória, onde o juízo da execução realiza a individualização pela pena determinada – realizando a adequação entre pena e regime e permitindo a apreciação de benefícios ao condenado de acordo com a sua conduta (NUCCI, 2014, p. 721).

Vale destacar que há profunda relação deste princípio com o princípio da pessoalidade, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5º, XLV, CF).

Por fim, constata-se a grande influência da evolução de direitos fundamentais e institutos penais nas constituições contemporâneas. De modo especial, verifica-se também, como resultado de todo o progresso elencado, a idealização de uma teoria única, que visa a interação de garantias fundamentais humanas com as devidas garantias penais, denominada por Garantismo Penal, objeto do próximo tópico.

2 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI

No sentido conjunto, passamos ao estudo do citado garantismo penal, de grande valor para a evolução da teoria penal e fundamentalista, fortemente solidificada nas constituições contemporâneas e atuais.

O garantismo penal tem sua origem na Europa, advindo como corrente da criminologia crítica. O modelo garantista, no entanto, encontra sua ascensão na Itália, “onde constituiu instrumento acadêmico-doutrinário de reação em face do uso flexível do Direito Penal pelo Poder Público”, já que em meados de 1970, o governo italiano “travou intenso combate a grupos políticos que se valeram de práticas tidas como terroristas para tentar emplacar suas ideias e intenções” (SWAANINGEN, 2002 apud MAGALHÃES, 2011).

Resultado à legislação promulgada na Itália e Espanha, o garantismo “defende que o Direito Penal somente se legitima para restringir a liberdade individual se houver um rigoroso controle do poder normativo do Estado com respeito aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade” (ARAÚJO JUNIOR, 1999 apud MAGALHÃES, 2011).

Exposta pelo ilustre professor Luigi Ferrajoli, a presente teoria retratada em sua obra “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, tem sua relação estabelecida quanto as teorias penais e processuais penais, onde o magnífico autor, por meio de seus axiomas, vem a relacionar a legalidade e o Estado Democrático de Direito, como sendo os maiores alicerces para a segurança social na aplicação da lei penal.

Assim, seu garantismo penal, vem a desmerecer o Estado não liberal, onde há o excesso do *jus puniendi*, de modo que, tem por objetivo estabelecer o modelo legal de uma liberdade regrada, com o amparo do bem jurídico tutelado.

Para conceituar sua teoria, Ferrajoli nos traz três significados para o Garantismo Penal, onde seria o primeiro:

"garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.(FERRAJOLI, 2002, p. 684)

Conforme o primeiro princípio elencado pelo autor, temos que o garantismo seria para os cidadãos uma segurança no Estado Democrático de Direito de que o poder, obrigatoriamente, emanaria do ordenamento jurídico, atuando no sentido de limitar o poder punitivo estatal e maximizar a liberdade do povo.

Elenca-se, então, o segundo significado do “garantismo” apresentado por Ferrajoli:

"garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Em análise ao segundo significado apresentado, cabe reconhecer que se trata de uma crítica ao Estado que teoricamente tomaria um posicionamento garantista, mas na prática adota força desacertada para tal posicionamento. Em tal crítica, Ferrajoli apresenta o “direito vigente inválido”, onde “direito como norma” e “direito como fato” – normativismo e realismo – podem, no sentido apresentado, compor o que chamou de “juspositivismo dogmático”.

Procede então, a apresentar o terceiro significado de seu “garantismo”:

"garantismo" designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo (pressupõe) a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

É por óbvio que no atual ordenamento jurídico, em seus novos liames constitucionais, instaurada a nova ordem legal e um Estado Democrático de Direito, buscar-se-á sempre o direito humano e a manutenção da ordem garantista. Portanto, tem como horizonte um direito que como um todo, vise o cumprimento de princípios especialíssimos, como a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a liberdade do cidadão.

Todavia, muito se tem em questionar o quão efetivo tem se tornado esta busca garantista do sistema legal brasileiro, principalmente quanto a seus apenados, afinal, o

cárcere, na história moderna, ocupa espaço na retribuição social ao delito cometido e, de outro lado, no reestabelecimento do apenado ao convívio social.

Assim, vivemos em uma tentativa de realização do princípio tomado por “humanidade das penas” e, nesse viés, tal princípio exige do Estado, em sua legislação, a previsão e aplicação de penas mais humanas a seus cidadãos.

O pensador Cesare Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, apresenta-nos, desde tão logo, que a legalidade é a essência da previsão penal e que “prisão é pena que, por necessidade, deve, diversamente de todas as outras, ser precedida da declaração do delito, mas este caráter distintivo não lhe tira o outro traço essencial, a saber, que somente a lei determine os casos em que o homem merece a pena” (BECCARIA, 1999. p. 98).

A aplicação da pena depende do desdobramento do poder estatal, já que o *jus puniendi* é exclusivo do Estado, de forma que podemos perceber “sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares” (BECCARIA, 1999. p. 28)

Ainda sobre a previsão da humanidade de penas, há o princípio kantiano da necessidade de tratar o homem como o fim em si mesmo, e nunca permitir a coisificação do ser.

Nesse sentido, expressa o ilustre Luigi Ferrajoli:

Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um "meio" ou "coisa", senão sempre como "fim" ou "pessoa"

E continua, com brilhantismo, a intensificar a necessidade de tal previsão humanística das penas:

Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. (FERRAJOLI, 2002. p. 318)

Em sua obra, a fim de alicerçar sua teoria, estrutura o “sistema penal ideal garantista” em axiomas, que segundo o próprio Ferrajoli, podem ser também entendidos através de dez princípios, quais sejam:

1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.(FERRAJOLI, 2002, p. 75)

Ainda conforme Ferrajoli, tais princípios “ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão lingüística - o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Desse modo, temos que o “garantismo penal” de Ferrajoli tem por base uma dicotomia, onde utiliza dois extremos na construção de uma fundamentação teórica, ocorrendo uma verdadeira antítese entre a liberdade do ser humano e o poder estatal, onde, à luz do Estado Democrático de Direito, implica na ampliação da esfera de liberdade individual, ao passo que se diminui o patamar minimamente necessário do poder estatal.

Em suma, a teoria de Ferrajoli, enquanto “garantismo penal”, trata-se de Direito Penal Mínimo, que compreende o máximo de bem-estar ao que não delinuiu (liberdade total) e o mínimo de sofrimento ao delinquente (retribuição de pena compatível com a infração).

Quanto ao mínimo de sofrimento, temos que devem ser proporcionados ao apenado o gozo, ainda que parcial, de seus direitos remanescentes (visto que a pena, por si só, restringe alguns), com um mínimo de dignidade.

Em oportuno, para uma melhor amplificação da abrangência deste estudo, necessária se faz a abordagem sobre o instituto penal, visando elucidar sucintamente as teorias que envolvem e delimitam a ideia de “pena”.

3 O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE PENA

Primeiramente, mister se faz apontar o conceito básico de pena que, ressalte-se, não há uma fórmula ou conceito exato para a perfeita concepção da pena, considerado o grande número de estudos e trabalhos já realizados no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, com o intuito de fixar um entendimento necessário para que se compreenda o cerne do presente feito, alinha-se alguns conceitos de pena.

Seguindo a definição do professor Aurélio Buarque, em seu Dicionário Aurélio (2004, p. 1527) temos o conceito de pena:

Punição imposta pelo Estado ao delinquente ou contraventor, em processo judicial de instrução contraditória, por causa de crime ou contravenção que tenham cometido, com o fim de exemplá-los e evitar a prática de novas infrações.

A partir da simples conceituação exposta, podemos apreender quanto ao duplo sentido da pena: qual seria a retribuição ao delito praticado e a prevenção de novos crimes (NUCCI, 2006).

Nesse sentido, passamos a analisar mais especificamente a origem da pena e suas teorias, conforme apontado pela doutrina pátria, que em muito vem a discutir sobre sua aplicação e devida finalidade.

3.1 A Origem da Pena

Por oportuno, além de apresentar o mero conceito do que seria pena, necessário é que entendamos sua origem, que, conforme se poderá ponderar, esteve há muito ligado com a evolução da própria sociedade humana.

Ainda nos primórdios da vida humana, percebeu-se que a vida em grupo seria fundamental para a sobrevivência de todos, bem como na perpetuação da espécie. De modo que, com a evolução de tais grupos, surgiram novos institutos como famílias, clãs, tribos, o que também, naturalmente, fez surgir conflitos.

Desse modo, pode-se observar que o surgimento da pena é perfeitamente associado à própria evolução histórica do ser humano. Pode-se ainda atribuir que a “história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança” (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Assim, de modo geral, pode-se distinguir no histórico das penas, três fases, correspondendo cada uma “à afirmação de um princípio penal garantista e de uma conseguinte limitação do arbítrio punitivo” (FERRAJOLI, 2002, p. 317).

A primeira destas fases poderia ser encarada como a das penas informais, não regrada, privada de intervenção punitiva, ou seja, a vingança pura e sem limites.

A segunda, as penas naturais, apontada na busca “de um nexos natural ou substancial entre pena e delito” (FERRAJOLI, 2002, p. 317). Nesta fase, encontra-se ainda um aceite do princípio da retributividade expressado no primeiro axioma *nulla poena sine crimine*, o que para Ferrajoli demonstra indubitável satisfação ao critério de talião (2002, p. 317).

Tal posicionamento revela uma limitação ao descometimento punitivo, já que a pena encontra seus contornos no próprio delito, consideradas sua extensão, natureza e gravidade.

A terceira fase, das penas convencionais, é baseada “no reconhecimento do caráter exclusivamente jurídico da relação entre o tipo e o grau das penas e o tipo e o grau do delito” (FERRAJOLI, 2002, p. 317). Aqui, portanto, encontramos o reconhecimento do princípio da legalidade das penas, expresso no axioma *nulla poena sine lege*, onde a justiça privada é proibida, substituindo-se a relação bilateral vítima-autor por uma trilateral, incluindo-se uma autoridade judiciária em posição de imparcialidade frente ao ocorrido.

Aponta Ferrajoli (2002, p. 279) que o primeiro documento encontrado neste sentido (de proibir a vingança privada), trata-se da Lei de Drácon, “a qual, além de estabelecer para o homicídio a pena do exílio (salvo o perdão dos parentes do ofendido), proibiu a vingança privada, qualificando como homicídio a morte do exilado fora dos confins da cidade”.

Desse modo, pode-se apreender que o desenvolvimento histórico das penas é marcado pela formalização de legalidade das penas e a progressiva limitação do poder punitivo. Num primeiro momento isto se deu pela limitação da autodefesa e, a posteriori, do Estado, que passa a ser o detentor exclusivo do *jus puniendi*.

Diferentemente do posicionamento de Ferrajoli aqui apontado, é possível encontrar outras correntes que visam explicar o desenvolvimento da pena, elencando até mesmo elementos religiosos e divinos para tal. Ferreira (2004) em sua doutrina explicita tal corrente, onde, tal com o surgimento do homem, aponta duas teorias para a evolução da pena, uma adequada ao criacionismo e a outra, ao evolucionismo.

Iniciando pela Teoria do Criacionismo, que adota a criação divina como o princípio da vida humana, podemos apontar com amparo bíblico que a pena haveria nascido quando Eva não resiste à tentação e acaba por comer o fruto proibido e, pior, convence Adão a fazer o mesmo. Com isso, temos a primeira transgressão, fazendo surgir então a primeira punição.

Nesse sentido, teriam Adão e Eva sido punidos com o degredo, sendo ambos obrigados a deixar o paraíso. Para os que defendem a presente teoria, a pena, bem como a própria humanidade, possui um caráter divino, surgindo da desobediência aos preceitos preliminarmente ditados pela autoridade sublime (FERREIRA, 2004, p. 235).

Como segunda teoria, temos a Teoria do Evolucionismo, que tem por preceito a evolução humana com o passar do tempo e as naturais transformações sofridas pelo homem, onde a pena teria então surgido quando os primeiros primatas foram obrigados a descer de suas árvores em busca de seu alimento, agrupando-se e “a primeira reação tida por esse grupo contra um ataque externo caracterizou certamente, a par do instinto de defesa, a primeira punição, portanto a primeira pena (FERREIRA, 2004, p. 235). Aqui, de forma distinta do apontados pelos criacionistas, foi um fator natural (e não divino) que caracterizou o surgimento da pena.

No sentido do Evolucionismo, temos que, com o surgimento das leis, houve o reconhecimento formal da pena. Nas palavras de Beccaria (1999, p. 27):

Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em uma sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador.

Então, pelo exposto, temos que a lei concretiza a ideia de limites impostos entre iguais, para a manutenção do direito de todos, aplicando ao transgressor determinada pena, que será então, determinada pelo Soberano, ou seja, o Estado, detentor de tal direito por abdicação dos próprios indivíduos. Concluindo-se que tal previsão de pena, ou seja, a textualização formal do instituto, se dá pela lei.

De sorte que, ao analisarmos ambos doutrinadores, encontramos semelhanças graduais em determinados pontos, principalmente quando surge, na teoria alçada pelo evolucionismo, a questão da formalidade legal das penas, bastante condizente com a terceira fase de Ferrajoli.

Desta feita, tornam-se inseparáveis o Estado e a Lei, que prevê a pena, tendo que nesta há o caráter assecuratório da tranquilidade querida por aquele. Tal raciocínio leva-nos, então, à conclusão de que seria impossível a convivência em sociedade, mesmo nos nossos dias, se não fosse pela existência da pena ou previsão legal desta. (FERREIRA, 2004).

Ainda, elenca Ferrajoli, o grande papel do iluminismo na evolução histórica da pena e na sua humanização, já que batalhou tal movimento contra o despotismo de juízes da época, lutando por uma reforma penal em que o princípio da legalidade fosse devidamente observado, em afeto com outro basilar iluminista, qual fosse a separação dos poderes estatais, para que culminassem esses avanços, no fim da aplicação de penas arbitrárias e motivadas unicamente pela vontade do juiz.

Aponta-se então que “foi somente na época do Iluminismo que se alcançou uma definição clara e radical do princípio de estrita legalidade penal e da proibição de analogia” (FERRAJOLI, 2002, p. 309).

Temos, ainda, o princípio da necessidade que, depois de séculos de sua consagração pelo movimento iluminista, segundo Ferrajoli, passa a ser um dos “critérios de legitimação externa da qualidade da pena” (2002, p. 319) e que, em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa, pode embasar “um novo programa de minimização das penas” (2002, p. 319). Assim entendida a pena, então, deve ser apenas a estritamente necessária ao sentido de prevenção de novos delitos, respeitando-se a dignidade da pessoa humana.

A função atribuída ao Direito Penal, e por conseguinte às penas, seria intimamente relacionada no quantitativo e no qualitativo das penas, possuindo o condão de deixá-las mais ou menos humanas.

3.2 A Finalidade Da Pena

Para Mirabete (2004, p. 24) “o fim da pena é o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica”. Nesse sentido então, a pena é instrumento de reparação social ao passo que devolve para a sociedade a punição pela transgressão de proibição imposta e, ainda, como fim mediato, visa a repreensão e não repetição de tal prática, reestabelecendo a ordem pública alterada pela prática delituosa.

É imperioso lembrar que, quando há a punição, deve-se esperar a readequação daquele que delinuiu aos liames de sua sociedade, ou seja, a ressocialização, que deve, portanto, ser sempre elencada dentre as finalidades da pena.

Todavia, apontar com exatidão a finalidade da pena é algo extremamente complexo, já que “cada Estado tem suas peculiaridades e os seus interesses, recrudescendo ou tornando mais liberal conforme o momento, as circunstâncias e a ideologia dominante” (FERREIRA, 2004, p. 25).

Devido à essa dificuldade e à pluralidade de condições, conforme apontado, várias teorias apontam diversamente a finalidade da pena, visando o esclarecimento sobre o sentido e função da mesma. Assim, quatro se destacam na doutrina, quais sejam: teorias absolutas ou retributivas, teorias preventivas, teorias mista ou unificadora e teoria da prevenção geral positiva.

3.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

De acordo com Mirabete, estas teorias possuem como base da sanção penal a exigência da justiça, onde a punição resultaria justamente do cometimento do crime, para onde o fim da pena seria o castigo, pagamento pelo mal praticado. “O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica” (MIRABETE, 2004, p. 24).

Elucida o nobre doutrinador que, para a Escola Clássica, onde o crime era um ente jurídico, a pena seria estritamente retributiva, sem qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, mas sim com a sociedade que, por ora, tivera sua ordem alterada, mas que a sanção viria a restabelecê-la (MIRABETE, 2004).

3.2.2 Teorias Relativas ou Utilitaristas

Já com relação às teorias relativas ou utilitaristas, teria a pena um fim exclusivamente prático, a considerar principalmente o de prevenção geral em relação ao todo e especial em relação ao condenado. De tal feita, que já na Escola Positiva, que tinha o homem como centro do Direito Penal, a pena deixa de ser meramente um castigo e passa a ser considerada uma oportunidade para ressocializar o criminoso, enquanto sua segregação seria um imperativo de proteção à sociedade, considerada sua periculosidade (MIRABETE, 2004, p. 24).

Aprende-se do exposto, então, que no sentido da prevenção geral, a pena atende à coletividade e tem por instrumentos a intimidação e a exemplificação e, de outro lado, a prevenção especial atenderia especificamente o indivíduo condenado, tendo por meio a segregação objetivando a ressocialização, ou seja, o não cometimento de novo delito por aquele indivíduo.

Segundo Bitencourt (2011), que em seu livro “Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas” tece forte crítica à segregação, há obviamente uma grande oposição aos

defensores da prevenção especial, afirmando que tais partidários supõem que o delinquente seja um sujeito perigoso ou diferente do normal, devendo ser tratado pela sua periculosidade e que a pretensão de penas preventivas é corrigir, ressocializar. Em total desacerto com esse posicionamento, leciona:

Uma consequência lógica da teoria preventivo especial ressocializadora é, no âmbito penitenciário, o tratamento do delinquente. A primeira contrariedade que se apresenta em relação ao tratamento penitenciário é a sua absoluta ineficácia diante das condições de vida que o interior prisional oferece atualmente. Em segundo lugar, mencionam-se os possíveis problemas para o delinquente e seus direitos fundamentais que a aplicação de determinado tratamento penitenciário acarretaria. Finalmente a terceira oposição crítica refere-se à falta de meios adequados e de pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário eficaz. (BITENCOURT, 2011, p. 148).

Podemos afirmar que, mesmo bastante defendida, a presente teoria encontra ferrenhos críticos, tal como Bitencourt, que acabam por desacreditar um posicionamento que, ao menos num primeiro momento, parece tão sólido.

3.2.3 Teorias Mistas – Ecléticas ou Intermediárias

Prosseguindo, temos a teoria (ou teorias) mista, para a qual a pena seria naturalmente retributiva, com aspecto moral, porém com finalidade não simplesmente baseada em prevenção, mas em um misto de educação e correção (MIRABETE, 2004, p. 25).

É nesse sentido que a presente teoria vem a sustentar que a sanção deve ser baseada tão somente no delito praticado e não em atos que o delinquente possa vir a cometer. “A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade do fato criminoso, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial” (BITENCOURT, 2011, 151).

Eis que tal teoria busca basear as razões da pena na retribuição (à sociedade quanto ao delito cometido) e na prevenção (tanto em relação ao indivíduo quanto aos demais da sociedade), que seriam, então, instrumentos de defesa social.

Ainda, para Toledo (apud BITENCOURT, 2011, p. 152):

[...] mais problemático que a maneira de combinar, segundo cada autor ou grupo de autores, as várias funções atribuídas à pena, é o caráter de cada uma delas: são tão contraditórias entre si que existe, inclusive, discrepância sobre onde ocorre disfuncionalidade ou antinomia fundamental, se entre retribuição (culpabilidade) e prevenção ou entre prevenção geral e prevenção especial.

Desse modo, pode-se afirmar que há contradições dentro da própria teoria mista, a qual abarca, como citado, diversos posicionamentos oriundos das demais, mas que, por vezes se mostram bastante contraditórios ou incompatíveis. Devido a isso, há o surgimento de uma nova teoria, que visa elucidar os fundamentos e fins da pena, a teoria da prevenção geral positiva, abordada no próximo tópico.

3.2.4 Teoria da Prevenção Geral Positiva

Conforme todo o exposto, a presente teoria nasce com a finalidade de eliminar contrariedades resultantes da teoria mista. Subdivide-se a teoria da prevenção geral positiva em fundamentadora e limitadora.

Possui a Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora, como representantes, os ilustres Wezel e Jacobs, sendo que, para o primeiro, a missão do Direito Penal possui natureza ético-social:

Ao prescrever e castigar a violação de valores fundamentais, o direito penal expressa, da forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de tais valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao direito (BITENCOURT, 2011, p. 153).

Já Jacobs, de outro modo, aduz que a pena tem escopo também em demonstrar ao infrator que, apesar de sua conduta, a norma continuará a vigor. Desse modo, “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração” (BITENCOURT, 2011, p. 155).

Contrapondo a Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora, que desfaz de limites formais e materiais do *jus puniendi*, temos a teoria da prevenção geral limitadora. Com essa teoria, temos que a prevenção geral deve exprimir-se com fim cerceador ao poder punitivo do Estado.

Tais limites teriam se materializado nos princípios penais, tal qual o da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade e afins.

Ainda, segundo dispõe Hassemer (apud BITENCOURT, 2011) a finalidade da pena é a prevenção geral positiva, por seus meios intimidadores e limitadores, sem que se afaste da necessidade da prevenção especial, em relação à ressocialização do delinquente.

Nesse diapasão, é que podemos compreender que, prioritariamente a pena deve ser instrumento de paz social, que busque sempre a diminuição da delinquência e da violência e que enrijeça os direitos dos acusados ante excessos do poder punitivo estatal. Analisaremos no próximo tópico, a realização do direito penal e direitos fundamentais na prática, ou seja, na Execução Penal.

4 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: Previsões e Realidade

A Constituição Federal de 1988, além de elencar diversos direitos fundamentais da condição humana, e da liberdade dos cidadãos, apresenta em seu bojo diversos direitos que fundamentalmente atuam na esfera processual, desde a instauração de uma ação até sua execução.

O viés do presente trabalho se dá quanto à última fase processual da esfera penal, qual seja, a execução penal. Em princípio, esta fase processual deveria ter início apenas e tão somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, todavia, esta situação fora alterada recentemente e será esclarecida posteriormente.

O art. 1º da Lei 7.210/1984, ou Lei de Execução Penal – LEP, prevê 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”, ou seja, mostra-se com certa instrumentalidade à realização jurisdicional.

A execução penal então, possui singularidade, pois, ainda que possa ser elencada como fase processual, possui legislação própria para sua concretude. Assim, temos que sua natureza e complexidade merecem ser elencadas mais especialmente.

Para discutir sobre a natureza jurídica da execução penal temos que definir sua posição, métodos e limites. É nesse sentido que nos traz Renan Severo Teixeira da Cunha:

A natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do direito administrativo e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual. Há uma parte da atividade da execução que se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução. (1985 apud MIRABETE, 2004).

Reconhece-se, então, com o exposto acima, a natureza mista da execução penal, que, conforme o afirmado na exposição de motivos do projeto que se transformou na LEP, “deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal” (BRASIL, 1984). Assim, temos que a execução possui autonomia em relação a ramos do Direito, porquanto passa pelo Administrativo, Penal e Processual Penal.

4.1 Direitos Essencialmente Previstos para a Execução Penal

Ainda, considerado o exposto acima sobre o objetivo inicial da LEP, o legislador acaba por elencar a ressocialização como algo a ser buscado na execução, de modo que a lei indica os moldes de realização da execução, a fim de atingir a ressocialização. Ou, ao menos, não piorar a situação em que se encontre o réu. Muitas dessas prescrições, acabam por representar a positivação em nosso ordenamento jurídico das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos da Organização das Nações Unidas de 1955.

Nesse ínterim, estes dispositivos que tornam a execução “mais humana” acabam por fortalecer o princípio da humanidade das penas, concretizando-se, teoricamente, na execução penal. Ressalte-se ainda, que, tem a execução, por fim mediato, a diminuição da criminalidade, através do escopo da ressocialização.

Um importante apontamento legal é a previsão de manter-se os direitos do apenado que não fossem atingidos por sua perda de liberdade, conforme o previsto pelo artigo 38 do Código Penal Brasileiro e ainda pelo terceiro artigo da Lei de Execução Penal. Realce-se o escopo de buscar impedir a “coisificação” da pessoa humana, ali condenada e que, muito embora sua condição perante o Estado, continua sendo sujeito de direitos. Que, no mesmo sentido aos cidadãos livres, lhe devem ser garantidos e respeitados. Nesse sentido, a garantia e o respeito a esses direitos do preso seriam justamente o que impediriam a dessocialização do apenado, porém, no Brasil, ainda não se tem consciência de que o preso é sujeito de direitos (FRAGOSO, 1980, p. 51).

Assim, nesse contexto, prevê a nota 65 da exposição de motivos da Lei de Execução Penal que “tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado” (BRASIL, 1984) e, nesse contexto, em contrapartida, prevê-se quanto ao excesso ou desvio de execução, ocorrendo “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares” (artigo 185 da LEP (BRASIL, 1984)).

Quanto à proteção devida, prevê ainda a LEP, em sua nota 71, que “a impotência da pessoa presa ou internada constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios da legalidade e justiça que devem nortear o processo de execução” (BRASIL, 1984).

Em seu bojo, a fim de cumprir o escopo de garantismo e buscar a realização da tão buscada ressocialização, a Lei de Execuções penais estabelece:

uma série de direitos, mas a situação fática é bastante dramática, sendo que o panorama atual reflete o descaso que as autoridades e a sociedade tratam as pessoas provenientes das camadas inferiores. Estas são as que estão em maior número no presídio. (MESQUITA JUNIOR, 2003, p. 136).

Assim, no sentido em comento pelo ilustre doutrinador, a LEP, traz uma série de direitos e recompensas para os que tem boa conduta:

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.
 Art. 41. Constituem-se 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.
 Parágrafo único – Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984).

Isto posto, considerado o previsto pelo art. 40, acima citado, “se impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Estão assim protegidos os direitos fundamentais do homem” (MIRABETE, 2004, p. 119). Nesse condão, em todas as dependências e situações, devem ser satisfeitas, ao menos, as necessidades de higiene e segurança de ordem material e também as relativas a um tratamento digno da pessoa humana, que é o preso (MIRABETE, 2004, p. 119).

Desse modo, “a execução deve estar em consonância com os fins atribuídos à pena pelo ordenamento jurídico, cumprindo determinar em função deste a condição jurídica do preso” (NOGUEIRA, 1996, p. 63). Ainda, diante de tais garantias ao condenado haveria também reclamações, até certo ponto procedentes, que tratam como exagero tamanha gama de direitos, com críticas aos defensores dos direitos dos apenados, sob a alegação de que estariam esquecidos dos direitos das vítimas e da sociedade, além dos próprios direitos dos condenados, que também devem ser exigidos (NOGUEIRA, 1996, p. 63).

Todavia, ressalta o nobre doutrinador:

Desde o instante em que é acusado nascem os seus direitos que devem ser respeitados durante a fase instrutória do processo e persistem na fase executória da sentença e até mesmo o acompanham depois de deixar a prisão, quando necessita de assistência para obter emprego. (NOGUEIRA, 1996, p. 64).

Ainda prevê a Lei de Execuções Penais, além dos direitos já elencados, as assistências a serem dispensadas ao preso, que, em consonância com o art. 11, será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (BRASIL, 1984). A primeira espécie elencada, qual seja a material, conforme art. 12, diz respeito ao “fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (BRASIL, 1984). Todavia, não livre de críticas, devemos considerar a possibilidade de que o vestuário “pode ser uniformizado, desde que não atente contra sua dignidade” (NOGUEIRA, 1996, p. 64).

Quanto à segunda espécie elencada pela lei, em seu art. 14, será quando ao oferecimento de atendimentos que “compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984), diante desta previsão, destaca Mirabete que “Não há dúvida de que é fundamental para a vida de uma instituição prisional a existência de serviço médico eficiente e adequadamente equipado para fazer frente às necessidades quotidianas da população” (MIRABETE, 2004, p. 69).

Já a assistência jurídica, que é, segundo o art. 15, “destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado” (BRASIL, 1984). Há a previsão de local apropriado ao atendimento do Defensor Público nos estabelecimentos penais. Nesse sentido, é possível apontar que tal garantia de assistência se faz necessária diante do fato de que 95% dos presos são pobres, sendo que tal apontamento se dá pela constatação de que apenas 5% do total dispõe de advogados particulares (MESQUITA JUNIOR, 2003, p. 103).

Posteriormente, pode-se verificar a assistência educacional, que nos termos do art. 17, “compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado” (BRASIL, 1984). Todavia, segundo Mesquita Júnior, constata-se que

a instrução, normalmente deficiente no presídio, visa atender a maior população carcerária, a de analfabetos. É necessária a instrução, mas efetivá-la com todas as eficiências que poderá proporcionar, é quase impossível, em face da grande diferença de nível educacional entre os condenados (MESQUITA JUNIOR, 2003, p. 106).

Diferente disso, a assistência social visa a preparação do apenado ao retorno à liberdade, promovendo no estabelecimento, ainda que de modo precário, pelos meios disponíveis a recreação (BRASIL, 1984), consoante o art. 23, inciso IV da LEP.

Por fim, temos a previsão da assistência religiosa no art. 24, da LEP, que prevê aos encarcerados e internados “a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa” (BRASIL, 1984).

Ainda com propósito garantidor, encontramos na Lei de Execução Penal a previsão de que mulheres e pessoas maiores de sessenta anos devam ser recolhidos em estabelecimentos próprios, com o intuito de observar adequadamente as condições pessoais, conforme elencado no art. 82, § 1º, da referida lei.

Cumprido, nesse sentido, ressaltar o disposto no § 2º do art. 83, o qual estabelece “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade” (BRASIL, 1984).

Estabelece ainda a Lei de Execução Penal a separação entre presos provisórios e os condenados por sentença transitada em julgado, conforme verificado no art. 84 da lei, bem como, prevê que os presos primários devam cumprir pena em seção distinta dos reincidentes.

E mais, segundo o art. 88 da citada lei, o condenado deverá ser “alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório” (BRASIL, 1984) de modo que seriam os requisitos básicos de cada unidade celular “a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana” e uma “área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)” (BRASIL, 1984), conforme elencado nas alíneas “a” e “b” do referido artigo.

Temos ainda, a previsão do art. 85 da Lei de Execução Penal, onde se aponta que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade” (BRASIL, 1984).

Por conseguinte, temos que considerar a previsão da Lei de Execução Penal quanto a estabelecimentos fundamentais ao cumprimento da pena, a se garantir a realização da progressão na execução das penas, conforme estabelecido na Constituição Federal. Assim, a lei faz previsão de colônias agrícolas, industriais ou similares, podendo servir para o alojamento dos condenados, devendo ser compatíveis com a dignidade da pessoa humana. Quanto ao cumprimento do regime aberto e a exercer a limitação ao final de semana, estabelece o art. 95 da LEP que haverá em cada região, ao menos uma casa do albergado (BRASIL, 1984).

De especial modo, ante a possibilidade do não atendimento à suas disposições por parte da administração penitenciária, previu a interdição do estabelecimento penal, no todo ou parcialmente, pelo juiz da execução, conforme preceitua o art. 66, VIII da Lei de Execução Penal, e ainda, a suspensão da destinação de recursos da União à Unidade Federativa, que tem por objetivo, nos termos do art. 203, §4º, “atender as despesas de execução das penas e medidas de segurança” (BRASIL, 1984).

Podemos concluir pelo breve exposto, que tem a Lei de Execução Penal o condão de humanidade, onde o condenado poderia cumprir a pena com dignidade e respeito, intrínsecos à pessoa humana. E enquanto temos esta legislação devidamente alinhada ao Estado Democrático de Direito, repleta de garantias e direitos, muito diferente tem se mostrado a realidade, triste e dura, da execução penal brasileira.

4.2 A Atual Situação da Execução Penal no Brasil

Diferentemente de tudo que se espera quando do simples estudo das garantias previstas na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execuções Penais, o sistema carcerário brasileiro passa por um momento de crise bastante complexo, ou melhor, caótico. É de impacto quando se encontra em uma Comissão Parlamentar de Inquérito a expressão “lixo humano” para apontar o tratamento dos presos no Brasil, tal procedimento ficou conhecido como CPI do cárcere ou do sistema carcerário, realizada em 2008.

É nesse sentido que se faz necessário nesse momento apontar os dados da Execução Penal no Brasil, a real face de todo um sistema complexo e questionável.

De acordo com o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a população carcerária aumentou entre os anos de 1990 e 2014 cerca de 6,7 vezes, passando de 90 mil presos para a incrível marca de 607 mil (INFOPEN apud PNPCCP, 2015, p. 6), ainda no mesmo documento é evidenciado que, cada vaga no sistema prisional varia entre 20 e 70 mil reais, e ainda que, mesmo com todo o crescimento da população carcerária e seu impacto econômico, no período de 1990 a 2013, o número de homicídios registrados no país praticamente dobrou, passando de 31.989 para 50.806 (PNPCCP, 2015, p. 6), aduz ainda a CPI que:

A superlotação é talvez 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. (BRASIL, 2009, p. 247).

E nesse ponto, ao analisar os presentes documentos, é que podemos apontar que as assistências previstas no art. 11 da Lei de Execução Penal nada mais são que meras promessas ao vento, e maior ilusão se dá a ideia de ressocialização encontrada naquele diploma legal. Em verdade, o que pode ser encontrado na realidade de nossos estabelecimentos penais diverge totalmente de toda a teoria legal, podendo-se considerar com realidade a profunda dessocialização dos condenados, de inevitável contribuição para o aumento exponencial da criminalidade.

Oportuno se faz tratar do apontamento do Min. Ricardo Lewandowski, que em seu voto como relator no RE 592581/RS, assentou que as prisões “ao invés de devolver os egressos à sociedade plenamente recuperados, na verdade contribuem para exacerbar ainda mais o seu sentimento de revolta pela existência indigna que o Estado lhes impõe para o cumprimento das respectivas penas” (BRASIL, 2015). Colecionou ainda o exposto por Michel Foucault (apud LEWANDOWSKI – BRASIL, 2015):

[...] ‘o sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça’

Justamente considerando toda a condição dos estabelecimentos prisionais, ainda no mesmo sentido, expôs a CPI:

Em todos os Estados diligenciados, o desrespeito e o descumprimento da legislação nacional se expressa na falta ou deficiência de assistência jurídica; superlotação; inexistência de políticas de ressocialização; deficiência da assistência médica, farmacêutica, psicológica, odontológica e social; prática generalizada de maus-tratos; desvios de conduta dos agentes públicos; omissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; arquitetura antiga e inadequada dos estabelecimentos prisionais; irregularidades nos contratos de prestação de obras, serviços e fornecimento de alimentação; deficiência humana e material do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; insuficiência de recursos e falta de política de apoio aos egressos; e inexistência de controle social sobre a gestão do sistema penitenciário (BRASIL, 2009, p. 490).

O Estado se mostra, então, como nítido descumpridor das previsões legais garantistas ao apenado, de modo que além de não conseguir lhes proporcionar as assistências previstas acaba por cercear outros direitos que não deveriam ser alcançados pela execução, o que acaba por demonstrar um excesso. E é justamente nesse excesso que reside o pior dos acontecimentos, acaba a execução por desrespeitar a proibição ao tratamento cruel e

desumano e ainda não respeitar a integridade dos condenados, o que nos leva à inefável condição de tortura a que são submetidos os encarcerados. Sobre isso dispôs a CPI:

O sistema carcerário nacional é, seguramente, um campo de torturas psicológicas e físicas. Do ponto de vista psicológico, a tortura é ampla, de massa e quase irrestrita. Para comprovação das torturas psicológicas e o desrespeito à integridade moral dos presos, basta a existência de celas superlotadas; a falta de espaço físico; a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a constatação de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas, e outras situações descritas nas diligências, fotografadas e filmadas. (BRASIL, 2009, p. 270).

Com o exposto acima, vale ressaltar os grifos do relator da CPI naquele documento, em relação ao disposto no art. 5º da Constituição Federal, que *sic* “**a lei considera inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura**, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, **por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem**” (BRASIL, 2009, p. 270).

Diante de toda essa mazela, sofre também com a incompetência estatal o sistema progressivo adotado pela execução penal brasileira. Em notícia, no ano de 2015, o CNJ explicitou:

De acordo com a LEP, penitenciária é a unidade prisional destinada aos condenados a cumprir pena no regime fechado, enquanto as colônias agrícolas, industriais ou similares são destinadas aos presos do regime semiaberto e a casa do albergado, aqueles em regime aberto. Detentos provisórios devem aguardar o julgamento em cadeia pública. Há ainda os hospitais de custódia, onde deve cumprir medida de segurança quem cometeu crime por algum problema mental e foi, por isso, considerado inimputável ou semi-imputável. (CNJ, 2015).

E continuou:

O Brasil tem 260 estabelecimentos penais destinados ao regime fechado, 95 ao regime semiaberto, 23 ao regime aberto, 725 a presos provisórios e 20 hospitais de custódia, além de 125 estabelecimentos criados para abrigar presos dos diversos tipos de regime, de acordo com os últimos números do Depen, referentes a junho de 2014. O levantamento revela, no entanto, que a separação dos presos por tipo de regime de pena prevista em lei não está sendo cumprida. Das 260 penitenciárias, por exemplo, que deveriam abrigar exclusivamente condenados ao regime fechado, somente 52 seguem a LEP. (CNJ, 2015).

É flagrante, portanto, o descumprimento a preceitos básicos no sistema penal brasileiro, desde a prisão temporária até o cumprimento de pena, propriamente dito. Retomando o que dispõe o PNPCP/2015, temos que esse descumprimento é reconhecido, haja

vista a crítica naquele documento em relação à vasta utilização da prisão provisória, e do descontrolado crescimento da população carcerária feminina, que segundo aponta, teve crescimento dobrado em relação ao da população masculina.

O Plano reconhece ainda o racismo como elemento estrutural do sistema punitivo, apontando que 67% da população carcerária é negra, enquanto essa proporção é de 51% na população em geral (INFOPEN/2014 apud PNPCP, 2015, p. 14). Aponta ainda a vulnerabilidade da população mais pobre ao poder punitivo estatal, já que “os mecanismos de seleção dos processos de criminalização, desde a elaboração de leis até a atuação da polícia e do sistema de justiça, são influenciados por estereótipos e padrões que favorecem a inclusão de pessoas pobres no sistema carcerário” (PNPCP, 2015, p. 15).

Além dos dados estatísticos, traz o Plano algumas observações quanto às evidências para o fim de se aprimorar a política criminal e penitenciária nacional, conforme se observa:

- a) elaboração de normas legais que ampliam o controle penal e aumentam o tempo de pena, com fundamento em teses de senso comum e fatos casuísticos;
- b) altos índices de reincidência dos egressos do sistema prisional;
- c) aumento paulatino das penas e dos níveis de encarceramento sem impacto na redução da violência;
- d) ampliação gradual do investimento na política sem resultar na melhoria dos indicadores de segurança pública; (PNPCP, 2015, p. 7).

Aponta ainda o CNPCP, em seu Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária que, cerca de 41% da população carcerária é de presos provisórios (PNPCP, 2015, p. 9). Assim, podemos constatar que, grande parte dos encarcerados no Brasil, trata-se de presos provisórios e que, ainda segundo o mesmo documento, “37% dos réus detidos provisoriamente durante o processo não foram condenados à prisão ao final do processo” (IPEA apud PNPCP, 2015, p. 10).

Diante de todo o exposto, é plausível a afirmação que indica que a execução penal brasileira sofre profundamente com a falta de interesse da Administração Pública quanto ao cumprimento das garantias fundamentais dos apenados, à infraestrutura de suas prisões e quanto ao atendimento das assistências legalmente previstas.

É necessário que se entenda que o descaso em relação à execução penal é matéria de interesse público, bastante afeto à segurança de todos, já que, quando do não cumprimento de garantias e assistências legais e, sobretudo, ante a total desconsideração da dignidade humana dos condenados, isso resulta na tão temida dessocialização. Assim, ao invés de ressocializar, as mazelas do sistema prisional acabam por gerar o aumento da criminalidade e dos índices de violência.

José Maria Rico (apud BITENCOURT, 2011, p. 165), ao tratar dos efeitos sociais da pena de prisão, ressalta:

A segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. O isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal. (RICO *apud* BITENCOURT, 2011, p. 165).

Por fim, podemos concluir em relação à execução penal brasileira, principalmente em relação à prisão em regime fechado, que devido “a superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um *castigo desumano*”. (BITENCOURT, 2011, p. 230, grifo nosso).

Desta feita, ante a tamanha proporção tomada por tais descasos da Administração Pública, em especial o Poder Executivo, que, em meados de setembro do ano de 2015, julgou o Supremo Tribunal Federal a ADPF 347 e o RE 592.581/RS, onde reconheceu em seus julgamentos a incidência de um novo instituto aos parâmetros do Direito Constitucional, o Estado de Coisas Inconstitucional, que passaremos a analisar no tópico final deste trabalho.

5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEU RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Estado de Coisas Inconstitucional é caracterizado pela declaração da corte constitucional de um país que vem a afirmar um quadro de insuportável violação massiva de direitos fundamentais, que seja decorrente de diversos atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado, em seguida, pela inércia dessas mesmas autoridades, de modo que apenas a intervenção no sentido de transformação estrutural na atuação do Poder Público possa modificar a situação inconstitucional (CAMPOS, 2015). Então, diante de tamanha gravidade excepcional do quadro elencado, que “a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades” (CAMPOS, 2015).

Ainda, segundo Campos (2015), em síntese, seriam três os pressupostos do “estado de coisas inconstitucional”, quais sejam:

- a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

Afirma-se, então, que o Estado de Coisas Inconstitucional é resultado da paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinada matéria (CAMPOS, 2015). Assim, seria impossível a superação dos quadros inconstitucionais por meio de instrumentos tradicionais, sendo necessário, devido à dramaticidade e complexidade da situação, a adoção de medidas elencadas como “remédios estruturais”, criando portanto uma espécie de ativismo judicial estrutural (CAMPOS, 2014, p. 314-322), justificado por bloqueios políticos e institucionais que caracterizam a necessidade da adoção de referidas medidas.

Muito se questiona quanto à efetividade dessas medidas sendo adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro, já que, como veremos, num primeiro momento veio a fracassar na Colômbia, mas em relação a isso realça Campos em sua tese de doutorado (2015), que apesar de estrutural, o ativismo judicial aqui colecionado pode e deve ser dialógico, sendo a adoção

desse posicionamento a diferença entre o fracasso e o sucesso nesta atuação bastante incisiva do Poder Judiciário.

5.1 A Decisão no Supremo Tribunal Federal

Primeiramente, necessário se faz elencar determinados pontos que precederam os julgamentos do STF que contemplaram o reconhecimento do citado “estado de coisas inconstitucional”.

O presente instituto trata de fenômeno jurisprudencial da Corte Colombiana, que tratou deste assunto de modo inédito em 1997, por meio da *Sentencia de Unificación* (SU) nº 559, de 1997 (“apud” CAMPOS, 2015). No referido caso, a Corte Constitucional constatou generalizado descumprimento de direitos previdenciários de um grupo de 45 (quarenta e cinco) professores, em duas cidades colombianas e ainda de um grupo maior, também atingido pela situação. Declarou em seu julgamento o “estado de coisas inconstitucional” e determinou que os municípios envolvidos providenciassem uma solução em prazo razoável para a inconstitucionalidade reconhecida (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 17).

Em decisões posteriores, continuou a reconhecer o instituto e aperfeiçoá-lo. Foi o caso da *Sentencia de Tutela (T) nº 153*, de 1998, onde a Corte declarou o “estado de coisas inconstitucional” em relação ao quadro de superlotação penitenciária nas prisões colombianas. Constatou, naquela oportunidade, que o descumprimento de garantias fundamentais era flagrantemente generalizado, e que a superlotação e violência nas penitenciárias eram problema de um grupo de autoridades. Além de declarar a incidência do instituto em comento, ordenou por um plano de construção e reparação das unidades carcerárias, determinando a alocação dos recursos que fossem necessários (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 17).

Segundo aponta VIEIRA JUNIOR (2015, p. 17), a experiência apontada teria sido negativa, elencando como principais defeitos a pouca flexibilidade das ordens judiciais, a baixa fiscalização de seu cumprimento e a atitude da Corte em desconsiderar a real impossibilidade, pelas autoridades, para que tais ordens fossem cumpridas.

Em decisão mais recente, ao atender 108 pedidos de tutelas interpostos por 1.150 (mil cento e cinquenta) núcleos familiares em razão do deslocamento forçado devido à violência, declarou na *Sentencia de Tutela (T) nº 25*, de 2004, o “estado de coisas inconstitucional”, e exigiu atenção especial para o problema; determinou a formulação de novas políticas públicas, leis e proteção individual dos demandantes por um marco regulatório eficiente.

Destaca CAMPOS (2015) que, divergindo do ocorrido anteriormente, quanto ao caso do sistema carcerário, desta vez as ordens se deram de forma flexível, dirigidas a um elevado número de autoridades, além da ocorrência de intenso diálogo entre a Corte e os outros Poderes e, ainda, com a sociedade sobre as medidas judiciais na fase de implementação. E justamente em relação a essa mudança de atitude é que fora sustentada a necessidade do ativismo dialógico, conforme já apontado.

A partir disso, aduz Vieira Junior que:

No Brasil, o debate sobre a figura do “estado de coisas inconstitucional” a legitimar uma ação mais incisiva do Poder Judiciário no que concerne à implementação de políticas públicas e à alocação de recursos orçamentários ganhou relevo, recentemente, com o julgamento, no STF, do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347 (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 18).

Eis que então, no dia 13 de agosto de 2015, decide o STF que “o Poder Judiciário pode determinar que a administração pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral” (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 18). Tal decisão se deu no bojo do RE 592.581, em repercussão geral, interposto pelo MP do Rio Grande do Sul em face de acórdão do TJ daquele Estado que considerava não caber ao Poder Judiciário a interferência em matéria que fosse de competência do Poder Executivo.

Na ocasião, o tema de repercussão geral era o 220 e estabelecia: “Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos” (BRASIL, 2015).

Eis, então, a decisão do STF que, nos termos do voto do Min. Ricardo Lewandowski, se prestou a reconhecer como legítima a intervenção do Poder Judiciário em comento. Vejamos:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: **É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.** (Grifo nosso)

Extrai-se de tal posicionamento o afastamento, para esse fim, dos argumentos da reserva do possível e do princípio da separação dos poderes. É imperioso ainda que tal atuação consiste, segundo o próprio voto elencado, na imposição à Administração Pública da obrigação de fazer, que consista na promoção de medidas ou execução de obras emergenciais em estabelecimento prisionais, com a finalidade especial de efetivar a garantia da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, em cumprimento ao estabelecido na Constituição Federal.

Em relação a essa heterodoxa atuação do Poder Judiciário, que supostamente seria contrária ao princípio de separação dos poderes, salienta-se o exposto pelo Relator:

[...] cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aponta ainda, de modo especial, o posicionamento do Min. Celso de Mello, que em decisão na relatoria da ADPF 45, assentou não ser permitido ao Poder Judiciário se omitir “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional” (BRASIL, 2004).

Posteriormente, em 8 de setembro de 2015, essa posição do STF foi reforçada enquanto julgou a Medida Cautelar na ADPF nº 347, onde foi pugnado, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o reconhecimento da massiva violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país (VIEIRA JUNIOR, 2015).

Como relator naquela medida cautelar, o Min. Marco Aurélio realizou algumas determinações aos juízes e tribunais:

i) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; ii) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; iii) considerassem, 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; iv) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; v) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (BRASIL, 2015 apud VIEIRA JUNIOR, 2015)

Ainda no sentido apontado pela Suprema Corte na decisão anterior, assinalou o Min. Marco Aurélio a falência de todo o sistema penitenciário, realizando a ocorrência do gravíssimo estado de violação generalizada de direitos fundamentais e à dignidade dos presos, bem como a ruptura do estabelecido em normas nacionais e internacionais.

Segundo o relator, para que se afastasse o “estado de inconstitucionalidade” elencado, necessário seria uma mudança significativa na atuação do Poder Público. Sustentou, nessa seara, que o papel do Supremo Tribunal Federal diante do presente quadro é “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas” (BRASIL, 2015).

A Procuradoria Geral da República atentou para a abrangência e generalidade da cautelar pleiteada, sem, contudo, contestar a gravidade da situação penitenciária e a relevância dos pedidos em discussão.

Foi deferida a medida cautelar em três pontos, conforme aponta Vieira Junior (2015): i) a realização de audiências de custódia, em até 90 dias; ii) a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e iii) a determinação para que União e Estados encaminhassem relatórios com informações sobre a situação prisional.

Assim aponta o extrato de referida decisão do STF, no julgamento da ADPF nº 347, em 09/09/2015, com relatoria do Min. Marco Aurélio:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos 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, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar 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, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e

Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015.

Considerando, portanto, as duas recentíssimas decisões do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a constante no RE 592.581 e na ADPF 347, as quais reconhecem o fundamento do “estado de coisas inconstitucional”, o STF consolidou, aprofundou e aperfeiçoou a orientação já disposta na decisão proferida nos autos da ADPF 45 no ano de 2004, no sentido de interferir no âmbito de competência do Poder Executivo e afastar argumentos tais como da separação de poderes e da reserva do possível (VIEIRA JUNIOR, 2015).

Contudo, de acordo ainda com o elencado pelo relator na ADPF 347, Min. Marco Aurélio, há clara opção quanto à utilização do instituto por uma via dialógica, propondo, pois, que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, porém, que se utilize de ordens flexíveis, seguidas de um monitoramento da correta execução das medidas (CAMPOS, 2015).

Feliz a opção apontada, conforme elenca Campos, já que ao contrário de levar o tribunal a um “estado de arrogância institucional”, a proposta preferiu pela interação institucional em torno de um objetivo comum. Desse modo, o tribunal brasileiro se utilizou da experiência colombiana, fazendo clara opção pela forma que deu certo em detrimento da que falhou. Essa é, portanto, a posição esperada da corte constitucional nos casos de graves violações dos direitos fundamentais, que não seja inerte, mas que também não se imponha e tente resolver tudo sozinha (CAMPOS, 2015).

Assim, podemos com certeza concluir que as críticas em relação à importação do instituto do “estado de coisas inconstitucional” para o Brasil, por vezes se atentaram apenas às falhas ocorridas no Estado colombiano. Todavia, é vitorioso imaginar que os Poderes da República Federativa do Brasil possam se unir, ainda que de uma forma heterodoxa, em torno da realização de uma solução mais palpável para um estado caótico de violação de direitos fundamentais, quando da inércia, incapacidade ou dificuldade de um deles, principalmente em se tratando da dignidade da pessoa humana, de sua integridade física e moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução de direitos fundamentais passou por toda a história da humanidade, de modo que, conforme se verificou, avançaram juntamente com esses direitos os institutos penais garantidores, que surtem efeito tanto na esfera material quanto na formal.

Desse modo, apreende-se que a própria ideia de pena evoluiu paralelamente à evolução da sociedade humana, porquanto o homem sempre sofreu ou impôs punição para uma conduta que lhe causasse ojeriza.

Devido a isso, compreende-se a evolução de garantias penais que visassem uma aplicação mais justa e humana da pena, a fim de realizar uma reintegração daquele que viesse a ser punido, com o escopo de que, quando egresso do sistema punitivo, pudesse viver normalmente na sociedade de que fora segregado.

Contudo, ainda que os avanços garantistas tivessem surtido grande efeito na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, pode-se perceber que tais direitos e garantias estão longe de serem respeitados pelo sistema penal brasileiro, devido a diversos fatores, mas que são profundamente ligados à má administração do Poder Público em tornar efetivas as previsões constitucionais e legais.

Se responsabiliza, em partes, o Poder Público pelo alto índice de reincidência criminal experimentado por aqueles que passam pelo cárcere, devido, conforme apontado, à tortura e tratamento subumano que o Estado lhes impõe para o cumprimento da pena, de forma que essas pessoas passam a cada vez mais se envolver com o mundo do crime, já que aquele que deveria lhes ensinar sobre a ressocialização acaba por esquecer de sua humanidade e segregar em definitivo essas pessoas.

Tal situação passou a ser acompanhada mais de perto pelos órgãos públicos, principalmente pela ocorrência da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as condições do cárcere em todo o país, chegando a conclusões devastadoras quanto ao tratamento recebido no país pelos presos, mesmo provisórios, relatando ainda que tais pessoas são tratadas como “lixo humano”.

A situação gravosa, que implica em pesados problemas de ordem pública, tais como Segurança e Saúde, acabou por bater as portas do Poder Judiciário, por meio do RE 592.581/RS, em recurso que buscou o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, em outras palavras, confiar legitimidade ao Poder Judiciário para que intervenha no sentido de obrigar a Administração Pública a tomar determinadas medidas para a solução de uma flagrante violação de direitos fundamentais generalizada.

O Supremo Tribunal Federal, considerando o sentido já aplicado em 2004 por aquela corte quando do julgamento da ADPF 45, acabou por reconhecer a ocorrência do instituto jurídico que havia se manifestado previamente na Colômbia, de modo que legitimou a decisão de um juiz de primeira instância no Rio Grande do Sul, que determinada a adoção de medidas pelo Poder Executivo a fim de melhorar as condições estruturais de um presídio.

Muito se foi criticado em relação à decisão tomada pela Suprema Corte, principalmente porque isso atentaria contrariamente ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível, onde a administração por vezes se sustenta em suas omissões. Todavia, as críticas não foram suficientes para dissuadir os nobres julgadores, vez que não vislumbraram qualquer desrespeito aos princípios, mas sim, uma situação excepcional de violação de direitos fundamentais que fosse considerada como insolúvel pelos instrumentos tradicionais, sendo assim justificada a intervenção do Poder Judiciário.

Tal posicionamento, então, se viu fortalecido quando do julgamento da ADPF 347, onde fora reiterado o posicionamento da corte em reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário em intervir quando diante de um quadro caótico de violação a direitos e garantias fundamentais.

É de se ressaltar que foi adotado pela Suprema Corte um método não impositivo de suas medidas, mas sim dialógico, onde sua intervenção será devidamente dialogada com o Poder alvo e suas determinações terão uma execução fiscalizada, a fim de que se cumpra da melhor maneira possível a solução apontada.

Em suma, quando se tratou do Estado Democrático de Direito, pensou-se estar em segurança, com direitos devidamente resguardados e protegidos. No entanto, quando se verifica a situação da execução penal, onde deveriam ser observadas diversas previsões legais a fim de se garantir a integridade física e moral dos apenados, percebe-se que o Direito arduamente conseguido ao longo da história acaba por ser afastado sob um véu de legalidade e de democracia, que muito engana àqueles que fecham os olhos para a condição humana dos delinquentes de uma sociedade, em tempos onde mais vale a morte do próximo que sua recuperação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Junior e Agnes Cretella. 2 ed. rev. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Sergio Zoghbi Castelo. **Garantismo Penal**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<http://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>> Acesso em 22/06/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. Orientador: Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento. Tese (doutorado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito. Defesa: Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAbli-co> Acesso em: 19/10/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. BRASIL, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 19/10/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**, junho 2014. Brasília, Ministério da Justiça, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno et al. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte geral**. vol. 1. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUISI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral. Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2876, 17 maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19127>> Acesso em: 27/08/2016.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal: teoria e prática**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. ed. 11. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume I : parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 25. ed. rev. e atual. até 11 de março de 2009. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal: Lei 7.210 de 11/07/1984**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editor Revista do Tribunais, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal com bricolage de significantes**. Orientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203>> Acesso em: 27/06/2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>> Acesso em 19/10/2016.

_____. Agência CNJ de Notícias. **Conheça os diferentes tipos de estabelecimentos penais**. CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79914-conheca-os-diferentes-tipos-de-estabelecimentos-penais>> Acesso em: 18/10/2016.

_____. BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18/06/2016.

_____. BRASIL. **CPI sistema carcerário**. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar ; n. 384).

_____. BRASIL. Decisão na **ADPF nº 45**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004 e publicado no DJ de 04/05/2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf Acesso em 22/10/2016.

_____. BRASIL. Acórdão na **ADPF nº 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em 09/09/2015, divulgado DJE nº 181, de 11/09/2015 e pub. DJE nº 31 de 19/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 21/10/2016.

_____. BRASIL. Acórdão no **HABEAS CORPUS 126292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100, divulgado em 16/05/2016 e publicado em 17/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 03/10/2016.

_____. BRASIL. Acórdão no **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Julgado em 13/08/2015, divulg. DJE nº 167 de 25/08/2015 e pub. DJE nº 18 de 29/01/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 20/10/2016.

_____. BRASIL. **Decreto Lei 2.848 de 07 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União em 31/12/1940 e retificado em 03/01/1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> 18/06/2016.

_____. BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicada no Diário Oficial da União de 13/07/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm> Acesso em: 23/09/2016.

_____. BRASIL. **Tema 220 - Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski - STF. Julg. em 13/08/2015, divulg. DJE nº 167 de 25/08/2015 e Pub. DJE nº 18 de 29/01/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>> Acesso em: 20/10/2016.

_____. Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária.** Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>> Acesso em: 23/09/2016.

_____. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.** Traduzida PT-BR. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em 15/07/2016.

_____. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776.** In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. *Liberdades Públicas.* São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>> Acesso em 15/07/2016.

_____. FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. *Liberdades Públicas* São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 20/08/2016.

_____. INGLATERRA. **Bill of Rights de 1689.** Traduzida PT-BR. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>> Acesso em: 17/08/2016.

_____. INGLATERRA. **Magna Carta de 1215.** Traduzida PT-BR. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf> Acesso em: 17/09/2016.

_____. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa.** Rio de Janeiro: Ipea/CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>> Acesso em: 15/10/2016.