

O PODER DE PUNIR FRENTE A UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Pedro Henrique da Silva Fonsêca

Estudante de Direito pela Faculdade Sete de Setembro - FASETE, em Paulo Afonso – BA. Bancário no Banco Bradesco S/A. Email: pedro_hfonseca@hotmail.com

Cristhovão Fonseca Gonçalves

Mestre pela da Universidade Católica de Pernambuco, Bacharel em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia. Professor de Processo Penal e Criminologia da Faculdade Sete de Setembro. Advogado. Email:cristhovaofg@gmail.com.

RESUMO

Este artigo retrata um problema estrutural do direito penal brasileiro, discutindo a aplicabilidade das teorias da pena em um Estado ineficiente na tutela dos direitos humanos e sociais dos presos. Portanto, dispõe sobre a responsabilidade dos Poderes da União, dos Estados - membros da federação e do Distrito Federal pela violação reiterada e sistêmica de direitos fundamentais. Tem como objeto de análise a recente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do denominado estado de coisas inconstitucional, dedicando-se a examinar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347). Discute-se a falência do sistema prisional brasileiro. O estudo evidencia que os fundamentos do poder de punir no Brasil estão inquinados de vícios. Consequentemente, fica demonstrado que se o poder público não mudar tal situação, estará deslegitimado para punir.

Palavras chave: ADPF 347. Estado de Coisas Inconstitucional. Teorias da Pena.

ABSTRACT

This article portrays an structural problem in Brazilian criminal law, discussing the applicability of criminal theory in an ineffective State on the tutelage of human and social rights of prisoners. Therefore, it argues about the powers of union and states – members of the federation and of the Federal District, for the reiterated and systemic violation of fundamental rights. This work analyzes the recent reception by the Federal Court of Justice of the unconstitutional state of things, dedicating to examine the judgment of Claims of Non-compliance with Fundamental Precepts (ADPF 347). It is also discussed the failure of Brazilian prison system. The study highlights that the fundamentals of the power of punishing in Brazil are fouled with vices, consequently, it demonstrates that if the public power doesn't change this situation, it will be delegitimized to punish.

Key-words: ADPF 347. State of Unconstitutional Things. Criminal Theories.

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira, criada com a finalidade de limitar os arbítrios do Estado discorre acerca dos princípios constitucionais que irão permear todo o Sistema Penal, princípios estes circunstanciados no art. 5º, da CRFB/88, dos quais merecem destaque: o contraditório, a ampla defesa, o princípio do juiz e promotor natural, o da não criação de tribunais de exceção e, em especial, o princípio da individualização das penas, que será esmiuçado mais adiante.

No mundo jurídico contemporâneo, indaga-se cada vez mais sobre a real finalidade das penas. De um lado ficam os efficientistas, estes veem as penas como uma necessidade de retribuição pelo mal praticado. Do outro ficam os garantistas, que lutam para não se ter penas que afrontem a dignidade da pessoa humana e outros princípios supraleais, assim, busca-se garantir os direitos fundamentais do sancionado. Ainda tem os abolicionistas, vislumbrando que o sistema prisional não deveria existir, haja vista não atender à sua função.

É dever dos brasileiros o reconhecimento dos direitos do apenado. Este fato motiva os juristas a lutarem pela extensão destas garantias constitucionais de modo a permitir eficácia plena a tais direitos. Com isso, procura-se resguardar os interesses e necessidades das populações prisionais.

O trabalho em tela realiza uma abordagem conceitual das teorias penalógicas, sua evolução histórica e consequentes críticas. A análise do estudo centra-se em discorrer as teorias da pena e os fundamentos teóricos do poder de punir em um estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro.

Neste artigo também se discute a adoção de medidas estruturais com a finalidade de prevenir as violações de direitos fundamentais sofridas pelos presos em virtude de condutas comissivas e omissivas dos Poderes da União, dos Estados - membros da federação e do Distrito Federal.

Este estudo centra-se, pois, na seguinte questão: quais as justificativas do direito de punir em um Estado pautado na inconstitucionalidade de garantias fundamentais do preso?

1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO PODER DE PUNIR

O Estado, ente dotado de poder soberano, sempre monopolizou ser o titular exclusivo do direito de punir. Direito esse, concretizado por intermédio do uso da força, como imposição decorrente do legítimo exercício do poder a ele conferido pela sociedade. No caso do Estado moderno, sua estrutura de validação se fundamenta na justificação do processo de centralização do poder e, portanto, da injunção de sanções, concretizada através do direito penal.

Em seu processo de evolução histórica, o direito penal aglutinou em sua essência práticas de verdadeira barbárie. Pode-se fazer referências aos períodos da vingança privada e pública, e ao direito penal romano, germânico e canônico.

Mas, nos términos do século XVII, com a proliferação dos ideais iluministas, sobrevém uma conscientização sobre tais barbaridades. Diante disso, era necessário o rompimento das tradições vigentes àquela época.

O Marquês de Beccaria (1764), autor que ganhou destaque a partir deste período, em obra *Dei Delitti e Delle Pene* já dispunha que a lei autorizadora da tortura simbolizava o mandamento de que os homens deveriam resistir à dor.

O penalista Aníbal Bruno (1967) assim analisou os dizeres de Beccaria em seu livro de Direito Penal:

O que pretendeu Beccaria não foi certamente fazer obra de ciência, mas de humanidade e justiça, e, assim, ela resultou num gesto eloquente de revolta contra a iniquidade, que teve, na época, o poder de sedução suficiente para conquistar a consciência universal. (...) falou claro diante dos poderosos, em um tempo de absolutismo, de soberania de origem divina, de confusão das normas penais com religião, moral, superstições, ousando construir um Direito Penal sobre bases humanas, traçar fronteiras à autoridade do príncipe e limitar a pena à necessidade da segurança social. Defendeu, assim, o homem contra a tirania, e com isso encerrou um período de nefanda (perversa) memória na história do Direito Penal. (BRUNO, 1967, pp.82-83)

Com a contribuição do iluminismo, sucede-se, assim, o dever de resguardar a liberdade individual ante os arbítrios judiciários e, conseqüentemente, o término dos suplícios, torturas que reinavam sobre o corpo social. Assim, começa a surgir o respeito à condição individual da pessoa humana, que mais tarde concretizará o valor supremo da dignidade humana e o princípio da individualização das penas.

As teorias de fundamentação das penas foram ganhando espaço, operando como manifestação de racionalização do poder soberano do Estado, acima de tudo diante do fato de que a exclusividade de coação legítima simboliza uma das importantes conquistas da modernidade, conforme salientado por Carvalho (2015), escrevendo sobre as Penas e as Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro.

Em contrapartida às teorias de fundamentação da pena, aparece a crítica criminológica as penas, que, inevitavelmente, naturalizam os efeitos perversos da pena, notadamente a de prisão. Neste contexto, segundo Rubio¹ apud CARVALHO (2015, pp. 45-46) diz este que o processo de regressão ideológica dos direitos humanos, consistente no implemento de técnicas de garantia dos direitos do homem que, em sua sistematização, macula direitos humanos.

Fragoso visualizando a crise existente nas teorias da pena na contemporaneidade, termina por associar as justificativas e as finalidades das penas às próprias atribuições do Estado:

[...] se contemplarmos a evolução processada na teoria da pena, verificamos que os juristas, desde há muito, têm-se ocupado com a determinação do sentido e do fim da pena. Essa problemática está hoje ao centro da crise do sistema punitivo. Parece claro que a justificação da pena se encontra na própria função do estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à consecução e à preservação do bem comum. Isso se faz através de certos estados valiosos, que são os bens jurídicos, que o Estado busca preservar através da ameaça penal. (FRAGOSO, 2006, p.546)

Percebe-se, pois, que a manifestação da legitimidade ou ilegitimidade das violências estatais é questão central das ciências criminais.

Neste sentido, a indagação a ser colocada em pauta é, primordialmente, por que punir? A resposta a essa pergunta será abordada a partir do próximo tópico, que disporá sobre as teorias da pena.

2 UMA SÍNTESE COMPREENSIVA DAS TEORIAS DA PENA

No pensamento moderno, foram se constituindo as denominadas Teorias da Pena, que serão apresentadas e analisadas sucintamente nesta parte, conforme estão atualmente divididas em: Teorias Absolutas, Teorias Relativas e Teorias Agnósticas da Pena.

¹ RUBIO, Sánchez, *Inversión Ideológica y Derecho Penal Mínimo, Decolonial, Intercultural y Antihegemónico*, 2012?, p. 139.

2.1 As Teorias Absolutas da Pena

Para Carvalho (2015) as teorias absolutas da pena, também conhecidas como teorias retributivas possuem substrato no modelo iluminista do contrato social, simbolizando uma retribuição pelo mal praticado. A verossimilhança entre o ato criminoso e a pena se estrutura no ideal de dívida, sendo assim, o raciocínio pressupõe a reparação do dano causado pelo descumprimento de mandamentos sociais.

O poder punitivo estatal nos modelos da retribuição exprime, portanto, como um direito-dever do Estado, promovido pelo uso da força. Destarte, a ação de encarceramento determinada pelo poder do Estado, privando o indivíduo da sua liberdade, sobressai como a sanção da modernidade.

Logo, segundo Carvalho (2015), a pena seria objeção racional ao ato irracional do crime, constituindo-se a negação da negação do direito, permitindo, portanto, a restauração da ordem jurídica através da sanção criminal.

Neste contexto, faz-se possível dizer que os modelos de retribuição simbolizam narrativas de maior solidez na modernidade. O elo entre o ato criminoso e a sanção será, no peremptório jurídico-penal, mediado pelo princípio da culpabilidade, contido na teoria do delito, que promoverá critérios de proporcionalidade pelos danos causados.

Assim sendo, a pena deverá ser proporcional à culpabilidade do réu. Trazendo tal corolário ao âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, pode-se comprovar forte correlação com o princípio da individualização das penas.

Porém, um olhar crítico em relação aos modelos de retribuição, aponta vicissitudes teóricas de incompatibilidade na fundamentação retributiva com a finalidade estrita do direito penal na salvaguarda subsidiária de bens jurídicos. Diante disso, considera inaplicáveis penas que prescindissem de quaisquer finalidades sociais. Percebe-se, então, não ser válido o modelo retributivo, por não estar alinhado aos anseios do direito penal, como destacado alhures.

Ademais, para além da ausência de fundamentos sólidos que evidenciem sua capacidade de neutralizar o delito por meio da sanção, a indagação que deve ser analisada neste diapasão reside na inadequação de tais sistemas permeados em requisitos de retaliação do delinquente que afrontou uma norma jurídica.

2.2 As Teorias Relativas da Pena

É importante destacar as teorias relativas de enorme relevância na literatura penal e criminológica, quais sejam, a da prevenção geral negativa, denotando as teorias de dissuasão que buscam evitar que novos crimes ocorram, e as de prevenção especial positiva, também conhecidas como teorias de ressocialização do indivíduo.

Para Carvalho (2015) a fundamentação punitiva da dissuasão consiste no pressuposto de capacidade do delincente em calcular os resultados negativos do crime. Com isso, o autor do delito pode incorrer na via do crime ou na observância dos mandamentos jurídicos.

No entanto, segundo Carrara² apud CARVALHO (2015, pp. 71-72) as teorias de prevenção geral negativa dispõem de vícios invencíveis. O primário é intrínseco aos frutos derivados da escolha do modelo de coação, seja a psicológica ou a moralista. Já o secundário, em relação à ausência de meios idôneos que facilitem a demonstração da aparição de uma relação factível entre a pena e o não cometimento de crimes.

No tocante ao modelo de prevenção especial positiva, no estudo dos seus fundamentos, para Carvalho (2015) aduz-se que as teorias correccionalistas concretizarão a base da pena na segunda etapa da modernidade penal, idealizando a integração social do condenado.

Os substratos do correccionalismo difundem sobre o criminoso o próprio ideal de crime e os pressupostos da responsabilidade pelo delito, ou seja, o mesmo passa a ser um indivíduo consciente e responsável pela sua opção.

É notório delinear que como toda teoria da pena, os modelos de prevenção especial positiva também possuem críticas. Segundo Carvalho (2015) tais abordagens centram-se em dois planos: o ponto de vista jurídico normativo e o criminológico. O primeiro diz respeito aos fundamentos da prevenção especial positiva e a inaplicabilidade de suas postulações no sistema penal de garantias fundamentais evidente nas constituições democráticas, tal qual como a Constituição da República de 1988; já o segundo, sobre a inépcia de o modelo referenciado pela correção e das instituições de encarceramento resguardar, ainda que minimamente, os direitos humanos fundamentais do apenado e, conseqüentemente, atender aos fins ressocializadores da pena.

² CARRARA, Programa de Derecho Criminal, 2001?, p. 69.

Em última síntese, é passível de entendimento que a sedimentação do sistema penal correcionista combusta resultados autoritários nos diversos âmbitos de normalidade.

Assim, é imperioso afirmar que na ótica do direito penal materialista, a utilização da perspectiva de prevenção especial positiva quebra com o princípio da secularização das penas.

2.3 A Teoria Agnóstica da Pena

A teoria agnóstica da pena contempla quatro pressupostos de construção. O primeiro é o fundamento político das penas. Ver-se assim, a deslegitimação dos abusos referentes ao exercício do poder de punir do Estado; o segundo é o de que a sanção penal promove a função de controle social; o terceiro dispõe acerca da experiência em punir; e o quarto deflui sobre a necessidade urgente de conter o fenômeno punitivo em virtude de seu tendenciosíssimo grau de excesso.

A teoria em análise igualmente dispõe dos ideais do abolicionismo da pena, inclusive do encarceramento, entretanto, infelizmente, a realidade contemporânea evidencia o surgimento de novos discursos de legitimação das sanções penais.

O objetivo proposto pela teoria agnóstica não é concretizada pela pena, mas com meios jurídicos de comando. Nesta composição, segundo Carvalho (2015) o posicionamento agnóstico instaura-se como uma opção revestida de capacidade teórica para instituir, potencializar e criar mecanismos jurídicos para atenuar a superveniência negativa da sanção penal no indivíduo e na sociedade em que vive.

Em seu mister, destaca Carvalho (2015) que a aludida teoria é um meio dogmático de crítica, mediante a utilização de instrumentos jurídicos pelos agentes do agrupamento penal, visando reduzir a *potentia puniendi*.

Na situação em que é nítida a impossibilidade de universalização dos fins da pena, agravada pela falência do sistema prisional, surge, no contexto, a pergunta: quais as justificativas do direito de punir em um Estado pautado na inconstitucionalidade de garantias fundamentais do preso? Esta resposta será tratada no próximo tópico em análise.

3 A ESTRUTURA NORMATIVA DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

O Brasil, embora estruturado em um padrão positivo de fundamentação da intervenção penal, possui no garantismo jurídico-constitucional grandes meios para ajustar sua dogmática aos ditames constitucionais e, conseqüentemente, tutelar as pessoas ante o exercício ilegal do poder punitivo.

Nesse ínterim, o garantismo, como modelo de limitação e controle do poder de punir estatal busca estruturar e efetivar princípios com o fito de assegurar maior grau de razoabilidade ao sistema punitivo, conferindo alternativas de concretização dos direitos fundamentais.

A Reforma Penal de 1984, apesar de pretérita ao texto constitucional de 1988, instaurou, sob a égide da ressocialização, uma sistemática coesa de penas no Brasil, concretizando a prevenção especial positiva. Este sistema, segundo Carvalho (2015) se baseava em dois pilares: substitutivos penais e sistema progressivo.

Neste contexto, vê-se que a Reforma de 1984 preocupou-se com a rigorosa proporcionalidade para arbitrar e concretizar os substitutivos da prisão. Entretanto, advieram rupturas com o coerente sistema de penas defluído em 1984, dentre os quais se destacam: a edição da Lei de Crimes Hediondos em 1990 e da Lei de Drogas em 2006.

Infelizmente, não obstante a Reforma Penal de 1984 que trouxe um sistema coerente de penas e toda a estrutura constitucional garantidora de direitos mínimos aos custodiados, a superveniência de leis da era do punitivismo, conjugada com as falhas estruturais do sistema penitenciário brasileiro geraram uma superlotação carcerária desnecessária e, por conseguinte, o mais alto grau de violação difusa de direitos humanos.

Para o Professor Campos (2016), os custodiados brasileiros além do fato de ter tolhida a sua liberdade, no mais das vezes antes mesmo de uma sentença transitada em julgado, ainda não são tratados como seres humanos.

Problemas de instalações prisionais insalubres, superlotação carcerária, ausência de segurança interna, tortura policial, inexistência de medidas de divisão dos presos, falta de direitos basilares como alimentação, saúde, trabalho e educação, assistência judiciária precária, domínio

dos cárceres por organizações criminosas, entre outros, são citados por Campos (2016) como causas que influem no tratamento desumano e nas condições indignas de vida dos presos.

Outro grande problema nacional é o numero alarmante de prisões provisórias. A exceção virou a regra. No vergonhoso sistema punitivo brasileiro, grande parte dos detentos estão sob custódia provisória quando na maioria das vezes são estes absolvidos ou condenados a penas alternativas.

Campos (2016), em seu livro sobre o estado de coisas inconstitucional aponta que há numerosos casos de presos que já ultrapassaram o tempo estatuído na sentença e continuam em estado de inconstitucionalidade, o que indica a carência de assistência jurídica. Ademais, os encarcerados martilizam-se com a ausência de informações acerca de seus processos e com a lacunosa deficiência estrutural do Poder Judiciário em solucionar suas demandas.

Por fim, percebe-se que o objetivo de ressocialização dos reclusos é utopia impensável de ser alcançada na atual conjuntura carcerária brasileira. Os presídios nacionais majoram a criminalidade dos pequenos delinquentes. As próprias taxas de reincidência comprovam isso. A violação dos direitos humanos termina aumentando o número de facções criminosas nos presídios, elevando a violência dentro e fora deles. O estado de coisas é realmente inconstitucional e inadmissível.

4 A APLICAÇÃO DO PODER DE PUNIR EM UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Com a instituição de um estado democrático de direito, todo Estado-Constitucional deve atribuir ao indivíduo um status de ser digno de direitos fundamentais. No Brasil, o poder constituinte originário de 1988 consagrou grau supremo à dignidade da pessoa humana, como sendo parâmetro limitador do poder estatal e norteador de todo o ordenamento constitucional.

É inegável que tal comando constitucional não é respeitado quando o assunto é o sistema penitenciário brasileiro. A pena, nos moldes do art. 5º, XLVII, da CRFB/88³ não poderá ter caráter cruel. Conquanto, é ainda assegurado aos presos o respeito à integridade no âmbito físico e moral, conforme o inc. XLIX⁴ do mesmo artigo.

3 XLVII - não haverá penas: e) cruéis.

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

Recentemente, fazendo jus às suas competências constitucionais, a egrégia Corte do Supremo Tribunal Federal começou a julgar a ADPF 347 MC/DF⁵, sob-relatoria do Ministro Marco Aurélio.

A ADPF em análise teve como requerente o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), possuidor de legitimidade *ad causam*, conforme defluído pelo art. 103, VIII, da CRFB/88⁶. Já como integrantes do polo passivo da ação, ou seja, requeridos, o rol foi bem extenso, assim figuraram: a União, o Distrito Federal e todos os Estados - membros da federação.

A discussão central da Corte foi o estado de coisas inconstitucional⁷ relativamente ao sistema penitenciário nacional, com as conhecidas violações de direito fundamentais.

Para melhores delineamentos, faz-se imperioso esclarecer em que consiste um estado de coisas inconstitucional.

Tal configuração, descrita no Informativo 796/STF foi caracterizada pela Corte Constitucional da Colômbia, e reside na seguinte situação: violação reiterada de direitos fundamentais; inércia dos poderes públicos em mudar a situação; transgressões a se exigir a atuação conjunta e plural das autoridades.

Os registros do relator⁸ trazem em seu bojo, a ementa do julgamento da medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual se discute a situação de precariedade do sistema carcerário brasileiro.

O Ministro Marco Aurélio, deferiu, em parte, a medida liminar para determinar algumas ações minimizadoras da violação reiterada de direitos fundamentais dos presos. Abaixo, segue, o que foi determinado pelo relator aos juízes e tribunais:

- a) motivassem expressamente, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, por que não teriam sido aplicadas medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) observassem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Con-

5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.347, com origem no Distrito Federal, realizada com pedido de medida liminar, questionando acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal 1ª Região.

6 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VIII - partido político com representação no Congresso Nacional.

7 Configuração descrita pela Corte Constitucional da Colômbia, declarado em sentença T-153/98 no es igual al que atraviesa actualmente.

8 Publicados no Informativo 796/STF, Elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal.

venção Interamericana de Direitos Humanos a fim de que se realizasse em até 90 dias audiências de custódia, bem como viabilizasse o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) considerassem 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; e d) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo. (BRASIL, STF, 2015. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, Liminar deferida em parte, Iniciado Julgamento em 27.08.2015, Informativo 796, Divulgação: 03.09.2015 p.3).

Referido relator determinou ainda que a União liberasse os recursos acumulados do FUNPEN⁹ e não realizasse novas contenções.

Nesta ação, o relator reputou preenchidos os quesitos de impugnação dos atos comissivos e omissivos do poder público no tocante ao sistema prisional pátrio, a violação de preceitos fundamentais dos indivíduos sujeitos à tutela penal do Estado e da falta de outro mecanismo eficaz para interromper tal lesividade.

O ministro observou, conforme literalidade do Informativo 796/STF que os direitos descritos como afrontados e violados consistiriam em direitos supremos da dignidade da pessoa humana, da proibição de tratamento desumano ou análogo à tortura, do amparo judiciário e dos direitos sociais inerentes à saúde, trabalho, educação e proteção dos presos.

Cumprir transcrever uma importante passagem do informativo em estudo:

[...] no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o FUNPEN, teriam sido transgredidas. (BRASIL, STF, 2015. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, Liminar deferida em parte, Iniciado Julgamento em 27.08.2015, Informativo 796, Divulgação: 03.09.2015 p.4).

Em argumentação, destacou Marco Aurélio que o maculado desrespeito dos direitos fundamentais dos presos transcende a finalidade de punir e o princípio da individualização da pena,

⁹ Fundo Penitenciário.

promovendo, conseqüentemente, mais violência contra a sociedade. Ainda em suas digressões “Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em monstros do crime”. (BRASIL, STF, 2015).

Destaca-se que a prova mais contundente da ineficácia do sistema penal como meio de controle social estaria presente nas altas taxas de reincidência. O indivíduo, quando volta a incorrer-se no ilícito penal passa a praticar crimes mais gravosos, pois a própria pena que o Estado imputou não atendeu à finalidade educativa e ressocializadora.

Neste sentido, ainda transcrevendo suas palavras, o relator consignou que “a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.” (BRASIL, STF, 2015).

No tocante à reponsabilidade pelo estado de coisas inconstitucional, configurado pela Corte na aludida ação, assim registou o Ministro Marco Aurélio:

[...] a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. (BRASIL, STF, 2015. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, Liminar deferida em parte, Iniciado Julgamento em 27.08.2015, Informativo 796, Divulgação: 03.09.2015 p.4).

A tarefa de tutela dos direitos humanos dos apenados contra as arbitrariedades e excessos de poder pela administração prisional e, conseqüentemente, pelo próprio Estado, é atribuição intrínseca do Poder Judiciário. Este sendo garantidor constitucional de condições dignas de vivência dos condenados nos estabelecimentos penitenciários, haja vista a implicação legal de fiscalização e intervenção para o cumprimento da pena de modo a respeitar a condição do indivíduo de sujeito de direitos supremos e fundamentais.

Faz-se mister destacar que o plenário da Suprema Corte, ao debruçar-se sobre o óbice da garantia dos direitos fundamentais dos presos brasileiros, catalisou o debate inerente à necessidade de novas políticas públicas que afastem o status de inconstitucionalidade do sistema penitenciário nacional.

A interferência do STF, reclamada diante da inércia demonstrada pelas instituições administrativas e legislativas, infelizmente, não tem o condão de substituir-se em suas atribuições. Nesta acepção, assim defluiu o ministro do STF:

[...] não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbiria, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. (BRASIL, STF, 2015. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, Liminar deferida em parte, Iniciado Julgamento em 27.08.2015, Informativo 796, Divulgação: 03.09.2015 p. 4).

O julgamento da ADPF 347 promove, de maneira relevante, a discussão de um problema que aparenta ser alheio aos poderes da República, mas não o é, visto que é dualidade social intrínseca a todos os cidadãos brasileiros.

Diante de todo o exposto, a aplicabilidade do poder de punir do Estado, quando vislumbrada pela ótica da ineficiência deste em resguardar os direitos humanos e sociais consagrados no tempo, está inquinada de vícios incontestáveis, que precisam ser sanados, sob a penalidade de senão o ocorrer, o Estado estará deslegitimado para punir e, por conseguinte, suas teorias punitivas cairão por terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante todo o estudo crítico de análise das teorias penalógicas de justificação ou de questionamento do poder de punir, pode-se constatar as diversas formas utilizadas pelo Estado para sancionar um indivíduo.

Desse modo, é necessário reconhecer que apesar da evolução social e das conquistas inerentes aos direitos humanos, o poder punitivo estatal ainda incorre em velhas práticas condenadas pela própria história da humanidade. Com isso, verificou-se que, ainda nos dias de hoje, a sanção privativa de liberdade vai muito além da sua essência e, infelizmente, atinge a integridade física e moral do sentenciado.

Conclui-se que, nos dias atuais, ainda há claras violações de direitos fundamentais dos presos na execução penal brasileira. A situação de calamidade do sistema penitenciário traduz a inércia da sociedade e do Estado em promover meios adequados de ressocialização humana.

No transcorrer deste artigo, vislumbrou-se a necessidade urgente de reforma e harmonização do sistema carcerário com os primados humanísticos e constitucionais que permeiam toda sociedade democrática. Diante disso, fica caracterizado que o problema ora apresentado é de responsabilidade de todos, tal qual conclusão do relator da ADPF 347, responsabilizando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tanto das instâncias federais, como estaduais deste país, mas é preciso também responsabilizar a sociedade por sua omissão ou desinteresse em relação à matéria.

Por fim, infere-se, portanto, que o respeito à dignidade humana é inerente ao exercício dos valores supremos de qualquer civilização merecedora de respeito, por isso, deve ser reclamado não importando a falta cometida pelo infrator.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de Set. 2015.

_____. STF, 2015. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347 MC/DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/08/2015, Plenário. Informativo 796. Data de divulgação: 03/09/2015.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Pedro Henrique da Silva Fonsêca | Cristhovão Fonseca Gonçalves

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.