



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PALOMA DE LUCCA LESSA CARVALHO

**A (IN) EXISTÊNCIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO A
PARTIR DO GARANTISMO PENAL: uma análise crítica
do sistema prisional brasileiro a partir da ADPF 347 do
STF.**

Salvador

2021

PALOMA DE LUCCA LESSA CARVALHO

**A (IN) EXISTÊNCIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO A
PARTIR DO GARANTISMO PENAL: uma análise crítica
do sistema prisional brasileiro a partir da ADPF 347 do
STF.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito na Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Geovane Peixoto

Salvador

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

PALOMA DE LUCCA LESSA CARVALHO

A (IN) EXISTÊNCIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO A PARTIR DO GARANTISMO PENAL: uma análise crítica do sistema prisional brasileiro a partir da ADPF 347 do STF.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2021.

Dedicado à minha família e amigos, que diante de todas as dificuldades ficaram ao meu lado, me apoiando e me ajudando sempre que possível. Principalmente a minha filha, que ainda é pequena e não entende que as vezes eu não podia dar atenção a ela, pois precisava me ausentar para estudar.

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho é um exemplo de que, mesmo diante das rasteiras que a vida lhe traz, tudo é possível para aqueles que correm atrás de um objetivo.

Não tenho como negar que foi difícil, não apenas a conclusão da monografia, mas o fato desses anos todos terem sido complicados, terem sido de superação e de força de vontade.

Minha vida mudou completamente há 5 anos, quando, em meio a um momento de vestibular, descobro que aos 18 anos estava grávida, sem planejamento, e fiquei completamente desorientada.

Eu sempre tive problemas com as pessoas falando sobre mim, e acontece uma coisa dessa. Nesse momento eu só chorava e sentia vergonha de mim e da gravidez. (Desculpa filha). Mas, eu consegui.

Agradeço a minha família por todo o suporte durante aquele e todo o período da faculdade. Não há como negar que eu tenho uma enorme rede de apoio, mas não é por isso que as coisas se tornaram fáceis pra mim.

Meu eterno agradecimento vai para minha mãe, eu te amo mãe, e obrigada por ter ficado ao meu lado, por ter sido um exemplo. Me lembro até hoje de chorar no primeiro dia que Nanda chegou em casa comigo, eu não sabia o que fazer, e só queria o seu colo, e você me deu, em todas as vezes. Você é tudo pra mim, obrigada por sempre me apoiar e ser meu suporte.

No início eram noites em claro, estudando a noite em Amaralina e morando em Abrantes, indo todas os dias para a faculdade, e voltando com dor por causa do peito cheio de leite, chegando em casa, precisava ficar acordada tirando leite para o dia seguinte, e acordando para dar mama.

Foi tão difícil que não aguentei essa rotina, e agradeço a Zélia por toda a ajuda que eu tive nesse período tão difícil, por ter ficado com Nanda tantos dias, por ter me cedido sua casa durante a semana, por estar sempre de boa vontade quando eu precisava estudar ou de alguém pra ficar com Nanda. Você foi essencial na minha formação.

Depois de um tempo, tivemos outra rasteira, precisamos nos desfazer da moradia em Abrantes e alugar um apartamento porque queríamos mais comodidade em relação a localização, e foi difícil, porque Nanda amava os

amiguinhos do condomínio, ela chorou, eu chorei e acredito que ninguém quer ver seus filhos sofrerem.

E com a pandemia, as coisas mudaram completamente, foi muito difícil adaptar a nova rotina, principalmente com a falta de aula presencial para Nanda, uma mudança de casa, um cachorro, trabalho na empresa da minha mãe, aulas online, monografia e OAB. Assim, tudo foi possível, graças a ajuda eterna do meu marido, da minha mãe, meu PAldrasto, Deni, e todos que estavam à minha volta.

Outrossim, a Faculdade foi incrível, eu fiz amizades que levarei para a vida toda, e só agradeço a vocês: Maria, Lu, Buba e Mel, vocês foram minha força na faculdade. Estar com vocês me fazia bem e feliz.

Agradeço também a todos os professores, com destaque a Daniela Portugal, que nunca foi minha professora, mas tive a honra de ser monitora por alguns semestres, e isso me ensinou tanto, e me trouxe vários frutos, em especial minha parceira Aninha, que vou levar pra vida, e minha vontade de dar aula. Te admiro muito professora.

Por fim, e não menos importante, quero agradecer ao meu marido, meu companheiro, que mesmo quando eu estava mal, querendo desistir, ficou ao meu lado, me dando apoio e todo o seu amor. Amor, você é minha inspiração, e se eu estou aqui hoje é por causa do seu apoio incondicional.

Não posso deixar de agradecer ao que eu digo ser meu ponto de equilíbrio, minha amiga, Vick, que escutou todos os meus choros e minhas crises, principalmente durante a pandemia. Nossa, como eu precisava ouvir sua voz em vários momentos.

Ainda, gostaria de agradecer ao meu orientador, Geovane, que abraçou o meu tema, e compreendeu minhas limitações pessoais e acadêmicas, me sugerindo mudar o meu foco, pois estava querendo falar sobre tantas coisas e estava perdida e desorganizada, bem como me mostrou apontamentos necessários.

Por fim, estou escrevendo chorando e lembrando todos esses anos e digo que valeu a pena, e essa conclusão é pra você filha, todo o meu esforço sempre será pra você e por você.

“Todo questionar é um buscar. Toda busca retira do que se busca a sua direção prévia. Questionar é buscar cientemente o ente naquilo que ele é e como ele é. A busca ciente pode transformar-se em “investigação” se o que se questiona for determinado de maneira libertadora.”

Martin Heidegger

RESUMO

O trabalho terá o condão de analisar a efetividade das normas, e demonstrar que de fato, a realidade em relação ao sistema penitenciário é de uma completa supressão dos direitos fundamentais na medida em que os presos são a todo momento suprimidos do seu direito, sejam aqueles condenados ou não. A partir disso, será analisado o garantismo penal, e como ele se dá no presídios brasileiro, analisando sua incidência e a comunicabilidade com os direitos fundamentais e princípios garantidos no ordenamento brasileiro. Pretendeu-se com isso apontar as vertentes do garantismo proposto por Ferrajoli. Outrossim, será realizada uma discussão da ineficácia destas garantias frente a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário por meio da ADPF 347 do STF. Com isso, será analisado as garantias fundamentais que são suprimidas, e concomitantemente, a questão do processo penal midiático que tem como grande base para o punitivismo penal, validando-se através da pressão da sociedade e o sentimento de impunidade, o encarceramento em massa e seletivo. Com isso, o trabalho terá como foco, a partir da análise do garantismo e da aguição de descumprimento de preceito fundamental, o questionamento sobre se é possível falar que o Brasil vive um Estado de Exceção não declarado em relação aos estabelecimentos prisionais e os presos, com respaldo principalmente no Estado de Exceção tratado pelo doutrinador Giorgio Agamben.

Palavras-chave: Direito Penal; Direitos Fundamentais; Processo Penal midiático; Garantismo Penal; ADPF 347 do STF; Estado de Exceção.

ABSTRACT

The work will have the power to analyze the effectiveness of the rules, and demonstrate that, in fact, the reality in relation to the prison system is a complete suppression of fundamental rights, as prisoners are at all times removed from their rights, whether those condemned or not. From this, the penal guarantee will be analyzed, and how it happens in Brazilian prisons, analyzing its incidence and the communicability with the fundamental rights and principles guaranteed in the Brazilian law. It was intended with this to point out the aspects of the guaranteeism proposed by Ferrajoli. Furthermore, a discussion of the ineffectiveness of these guarantees will be held against the declaration of the unconstitutional state of affairs of the prison system through ADPF 347 of the STF. With this, the fundamental guarantees that are suppressed will be analyzed, and concomitantly, the issue of the media criminal process, which has as a great basis for penal punitivism, validating itself through the pressure of society and the feeling of impunity, the mass incarceration and selective. With this, the work will focus, from the analysis of guaranteeism and the guidance of non-compliance with a fundamental precept, the questioning of whether it is possible to say that Brazil is experiencing an undeclared State of Exception in relation to prisons and inmates, with support mainly in the State of Exception dealt with by the jurist Giorgio Agamben.

Keywords: Criminal Law; Fundamental Rights; Media Criminal Proceeding; Criminal Guarantee; ADPF 347 of the STF; Exception State.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
LEP	Lei de Execução Penal

LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 01	Taxa de Encarceramento no Brasil.....	23
Figura 02	Ciclo Penal.....	33
Figura 03	Jornalismo sensacionalista contra a Escola Base.....	57
Figura 04	Colapso da Superlotação.....	59
Figura 05	Segurança Nacional.....	63
Figura 06	Segurança Pública.....	63
Figura 07	Ilustração do Homo Sacer relacionado ao Sistema Penitenciário Brasileiro.....	67
Quadro 01	Síntese dos sentidos emprestados da Razão, proposto por Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque.....	25

Sumário

1. INTRODUÇÃO	Error! Bookmark not defined.	4
2. UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO GARANTISMO PENAL: UMA DISCUSSÃO FRENTE AS NECESSIDADES DE UM SISTEMA PENAL GARANTISTA.	Error! Bookmark not defined.	8
2.1 HISTÓRICO DO SISTEMA PENAL.....		20
2.2 O GARANTISMO PENAL E SUAS VERTENTES POR FERRAJOLI. 2	Error! Bookmark not defined.	
2.3 INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA PENAL A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	Error! Bookmark not defined.	
3. O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NA ADPF 347 DO STF E O ABANDONO DA SOCIEDADE COM O INDIVÍDUO PRIVADO DE LIBERDADE		37
3.1 APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL		38
3.2 DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL		41
3.3 UMA ANÁLISE DA ADPF 347		45
3.4 A PESSOA QUE NINGUÉM ENXERGA OU NÃO QUER VÊ E SUA VIDA ATRÁS DAS GRADES		49
3.4.1 Inversão da aplicabilidade dos direitos aos presos		50
4. A RELAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO E DA INVISIBILIDADE DA SOCIEDADE SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO		53
4.1 O PROCESSO PENAL MUDIÁTICO CONSUBSTANCIADO PELA NECESSIDADE DE PUNIR COATIVAMENTE OS CONDENADOS E INDICIADOS		55
4.2 UM RETRATO HISTÓRICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....		61

4.2.1 O Estado de Exceção como instituto de supressão das garantias fundamentais.....	65
4.3 A APLICAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO COM BASE NA INEFICÁCIA DAS GARANTIAS NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS OS QUAIS JÁ FORAM DECLADOS ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL.....	68
5 CONCLUSÃO.....	70
6 REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a crise institucional do sistema prisional brasileiro, com foco no questionamento sobre a possibilidade de se falar em um Estado de Exceção não declarado.

Outrossim, abordar aspectos referentes princípios, principalmente o princípio norteador da Carta Magna, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como será demonstrado os direitos fundamentais que são suprimidos.

Ab initio, o ser humano quando é colocado em sociedade, é imposto ao mesmo direitos e deveres, que devem ser cumpridos. De tal modo, a vida em sociedade é regida pelos poderes que são a base para a titulação destes direitos. Assim, desde os primórdios, é necessário que haja limites institucionais, a fim de que não vire uma terra sem lei, onde o indivíduo pode fazer o que quiser. Portanto, para o pleno desenvolvimento da sociedade, urge a necessidade de limites, quais sejam, regras e princípios. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro é um grande exemplo destes limites, prevendo diversos princípios e direitos, contudo, há normas no ordenamento que não são respeitadas, sendo o maior exemplo os direito dos presos e a dignidade da pessoa humana aos privados de liberdade.

Dito isso, o trabalho irá se ater aos direitos que são suprimidos da legislação pátria em relação aos estabelecimentos prisionais, demonstrando ao longo do trabalho que ser garantista não é querer que o indivíduo não seja punido, mas, respeitar que todos devem ser tratados com dignidade e que seus direitos e garantias sejam respeitados.

Neste cenário, basta uma visita aos presídios para entender o que se passa nos mesmo, com condições desumanas, uma prisão do abandono, quando a dignidade não existe mais, uma vez que o indivíduo quando privado de liberdade tem uma dupla penalização, a privação de liberdade e a privação de seus direitos fundamentais – gerando muitas vezes problemas de saúde e riscos a sua integridade física. E, não é só isso, mesmo quando eles finalmente cumprem sua penas, ainda são estigmatizados pela sociedade.

A estigmatização do preso gera uma segregação social, no qual a sociedade tem um total desinteresse por estes, e ainda, não há qualquer ressocialização ao retornar do presídio. Este fato se torna uma consequência direta para a

sociedade que o abandona, pois gera uma maior possibilidade para a reincidência, até porque, em tese, eles não tem nada a perder, já que se tornam invisíveis para a sociedade, sem perspectiva de vida, tornando assim um ciclo: crime, julgamento, condenação, restrição de liberdade (quando imposta), direitos fundamentais sendo suprimidos, cumprimento da pena, abandono da sociedade (não tem ressocialização), reincidência, e assim segue o ciclo do indivíduo privado de liberdade.

Por conseguinte, o fato de existir esse ciclo em relação aos indivíduos privados de liberdade – podendo ser inclusive os indiciados com medida cautelar de prisão provisória – ocasiona danos de fácil constatação.

Isso é um retrato da utopia da sociedade, que se respalda em uma suposta segurança e pressiona o judiciário para encarcerar cada vez mais os indivíduos que cometem delitos, sendo isso uma fantasia da sociedade em achar que isto é o melhor para a segurança pública, não enxergando que na verdade o que ocorre é o oposto, já que muitas vezes os presídios são considerados uma escola de crime. Concomitantemente, a função da pena fica invertida, ou seja, ao invés de ensinar e ressocializar, faz com que o indivíduo vire – muitas vezes – reincidente.

Com a apreciação do tema, o trabalho tem relevância para demonstrar em análise mais micro essa falta do Estado com relação ao presos, bem como o processo penal midiático que está inserido de forma implícita no processo penal.

Primeiro, a falsa legalidade do sistema prisional é um meio que o estado tem de atuar de maneira repressiva contra grupos que ele tem o interesse de exterminar, deixando claro, desde já, que o sistema penal é seletivo. Diante do exposto, deve-se analisar de forma mais crítica a política de morte velada instituída pelo estado.

Segundo, não se pode olvidar que o processo midiático não seja importante nesta questão, muito pelo contrário, o que aparenta é que o a mídia virou uma parte do processo penal, com opiniões sensacionalistas e pressão para o punitivismo.

Em razão disso, é dever do estado fiscalizar se as garantias fundamentais estão sendo cumpridas de maneira adequada, e fomentar o exercício eficaz do sistema

prisonal, tal como estruturas e estabelecimentos penitenciários. Assim, cabendo ao Estado impor limites entre o direito, a violência e a morte.

Considerando o cenário, o STF na ADPF 347 foi provocado para reconhecer que os direitos fundamentais dos presos estavam sendo massivamente violados, tanto é que no voto do relator, o mesmo retratou de maneira clara a realidade dos estabelecimentos prisionais, os quais, em seu voto, comparou os presídios às masmorras medievais.

Diante disso, o STF nesta ação, declarou os presídios como estado de coisas inconstitucional.

Ademais, o julgado da ADPF 347, infelizmente, ainda não teve respaldos práticos, uma vez que mesmo após o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, o que se vê é a relativização do princípio da legalidade com o encarceramento em massa, e em presídios superlotados, gerando com isso, diversos danos, o qual aparentam serem invisíveis aos olhos dos poderes estatais.

Portanto, o problema da pesquisa se encontra justamente na falta de eficácia das garantias penais, o qual gera uma crise no sistema penal, pois apesar do reconhecimento do STF pela violações do direitos do preso, isto se dá apenas no plano da teoria, não sendo reconhecida materialmente.

A partir disso, o que se nota é a inércia dos poderes em garantir que os direitos e garantias penais e processuais penais sejam efetivas.

Dito isso, não pode se calar diante de tamanha irregularidade e ilegalidade, o qual apesar do avanço no reconhecimento das condições desumanas dos estabelecimentos prisionais, ainda não se verifica na prática nenhuma mudança com o intuito de reformulação.

Deste modo, o tema se torna extremamente importante, encontrando seu núcleo na análise do Estado de Exceção, na medida que urge a necessidade de abordar se os operados do direitos estão agindo de encontro ao estado democrático de direito ao serem questionados se o Brasil está vivendo em um Estado de Exceção não declarado.

Em razão disso, a trabalho terá como núcleo a análise crítica sobre o instituto do Estado de Exceção e a legitimidade do estado em supressão dos direitos previstos na legislação brasileira quando se trata do sistema prisional.

Essa análise será realizada através da hipóteses e comprovações sobre a legitimidade do Estado e sua inércia em relação ao sistema carcerário brasileiro. Ainda, revela-se a necessidade de entender os impactos da declaração do estado de coisa inconstitucional no julgamento do STF na ADPF 347, bem como sua relação com o Estado de Exceção.

Para tanto o projeto monográfico terá seu desdobramento no método de pesquisa proposto por Karl Popper. Este método científico vai partir de um problema, e com isso construir uma hipótese, e, a partir dela fazer as experimentações para a analisar os resultados e chegar a uma conclusão. Importante frisar que Karl parte da ideia de que através do falseamento buscará a verdade.

Diante disso, com conhecimentos prévios, será possível começar a verificação através do falseamento, e concomitantemente a isso, a pesquisa, do ponto de vista técnico, será realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, interligando doutrinas, legislações e análise do julgado da ADPF 347.

Dito isso, o trabalho foi dividido em 3 capítulos.

Para melhor compreensão do conteúdo, o primeiro capítulo tratará de uma análise sobre o Garantismo penal baseado principalmente na doutrina do ilustre jurista Ferrajoli. Assim, o capítulo versará do histórico do sistema penal e sua função, e, a partir disso a importância do garantismo penal no contexto da necessidade de uma internacionalização dos direitos fundamentais. Após, trará de maneira sucinta alguns dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, em linhas gerais, terá como foco uma análise da ADPF 347 do STF, retratando, concomitantemente, a aplicabilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental e o instituto relativamente novo do estado de coisas inconstitucional. Almeja-se ainda, neste capítulo, demonstrar a inércia dos poderes e a inaplicabilidade dos direitos fundamentais aos privados de liberdade.

Por fim, o núcleo do trabalho se faz presente no capítulo três, o qual vai apreciar o instituto o Estado de Exceção, se comunicando com o o entendimento do jurista Giorgio Agamben. Assim, de início será demonstrando o punitivismo penal que se encontra no Brasil, sendo que este revela-se, principalmente, através do sentimento de insegurança da sociedade, e transforma-se em um punitivismo sensacionalista midiático. Isso se dá pelo famoso processo penal midiático, o qual, corrobora para que haja supressão de garantias, já que, para estes, quem comete crime vira inimigo da sociedade e não são mais vistos como indivíduos, aceitando que não seja garantido a dignidade para estes. Dentro dessa lógica, urge a necessidade de se falar sobre o Estado de Exceção, e como ele se encontra nas sociedades, fazendo, inclusive uma análise histórica sobre este instituto, para no final questionar sobre o Brasil e o sistema prisional, onde analisa-se criticamente e com base na realidade, se o Brasil vive um Estado de Exceção não declarado no sistema prisional.

2 UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO GARATISMO: UMA DISCUSSÃO FRENTE AS NECESSIDADES DE UM SISTEMA PENAL GARANTISTA.

Ab initio, a execução penal perpassa por uma realidade totalmente distorcida do que prevê nas garantias de execução penal e nos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal, sendo em um instituto que não pode configurar nem direito e nem justiça, uma vez que a execução penal está respaldada na barbárie do sistema penal. Tal qual, um sistema elitizado e seletivo.¹

Nesse sentido, Samuel Fonteles² descreve o processo de fundamentalização do direito, utilizando os direitos fundamentais, os quais o autor descreve que são indispensáveis para o indivíduo alguns direitos, tais como a dignidade da pessoa humana, saúde, liberdade, sendo que estes direitos e outros, foram inicialmente previstos em tratados internacionais com denominação de direito humanos e, posteriormente, ao serem incorporados na Constituição, ganharam status de direitos fundamentais.

A marcha pela constitucionalização e prevalência dos Direitos Fundamentais foi enveredada para a seara da

¹ VALOIS, Luis Carlos. Processo de execução penal e o estado de coisa inconstitucional. Belo Horizonte. Editora D'Placido, 2019, p. 11

² FONTELES, Samuel Sales. Direitos fundamentais. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador. Editora Juspodivm, 2019. p.17.

identificação de que os débeis, os mais fragilizados economicamente, as minorias sociais, em geral advindas de uma casta inferior, eram, de fato, os mais atingidos por aquele mecanismo repressivo estatal, e que, por esse motivo, era necessário o resgate de garantias formais e, sobretudo, materiais indelevelmente incrustadas na gênese daquele ressurgido Estado Democrático de Direito, necessárias para o seu (re) equilíbrio.³

Deste modo, historicamente, com a segunda grande guerra e o período nazista, a internacionalização dos direitos fundamentais tornou-se mundial, de modo a garantir direitos e nortear em relação a responsabilização aos estados que porventura voltem a cometer a supressão dos direitos do cidadão. Com isso, após este marco, houve o despertar da sociedade com as barbáries acometidas, fomentando uma consciência coletiva da comunidade para a criação de um sistema de proteção, o qual tem respaldo nos direitos fundamentais. Criando-se com isso, um sistema que ora protege o cidadão, ora permite uma responsabilização do Estado caso este venha a falhar com os direitos fundamentais.⁴

Nessa esteira, cumpre lembrar da supremacia da constituição federal, de modo que Dirley da Cunha Junior⁵ ensina o seguinte: “em face da sua supremacia, todas as manifestações normativas, em um Estado de Direito, devem estar em consonância com a Constituição e jamais contra ela”.

Assim, o estado democrático de Direito, deve acima de tudo, preconizar as inviolabilidades dos direitos fundamentais, previsto principalmente, na Carta Magna de 1988, a fim de que se reconheça, não apenas formalmente, mas também materialmente, sob pena de ser deslegitimada caso não haja sua observância, pois estes direitos são princípios que devem ser entendidos como princípios “invioláveis”⁶.

Surge então, o garantismo penal com o intuito de dar soberania ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais dela derivados.

³ VALLE, Juliano Keller. Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal. Universidade Do Vale Do Itajaí – Univali. 2007. Dissertação de mestrado. Orientador: Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa p.25.

⁴ LÉPORE, Paulo; DEL PRETI, Bruno. Manual de Direitos Humanos. Salvador. Juspodvm, 2020. p. 86.

⁵ JUNIOR, Dirley da cunha. Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática. Salvador, JusPodivm. 2006. p. 27.

⁶ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 19

[...] todos aquellos derechos subjetivos que correspondem universalmente a 'todos' los seres humanos em cuanto dotados del status de personas. Entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica [...]⁷

São esses direitos, previsto em tantas normas jurídicas, e nas principais Constituições de países Democráticos, que legitimam a vivência em um Estado Democrático de Direito, e, concomitantemente, deslegitime o abuso de direito, principalmente na medida que este abuso se encontra no sistema penal.

Nessa lógica, são diversas teorias e críticas que perpassam a história do sistema penal, e o caminho percorrido para fins de valorar, de fato, um estado democrático de direito que tem como premissa o respeito e garantia de seus pressupostos, o qual ainda não se reflete nos estabelecimentos prisionais.

Portanto, me atrevo a dizer que, ainda há um longo caminho pela frente, uma vez que é tormentoso o que se passa nos sistema penal, o qual o presente trabalho irá se ater ao sistema prisionais mais especificamente à pena restritiva de liberdade.

2.1 HISTÓRICO DO SISTEMA PENAL

A origem das penas surge antes mesmo do direito penal em que – pelo menos as primeiras manifestações - a sanção surge no período paleolítico quando os chefes de família puniam em forma de vingança privada quem eventualmente ofendesse a si ou aos seus familiares.⁸

Com efeito, perpetuou durante muito tempo na antiguidade o corpo do delituoso como elo de punição da sociedade, dando vista à sanção extremamente torturante para com o infrator.⁹ Apesar disso, a vingança privada foi sendo substituída pelas limitações que o a lei de Talião¹⁰ impunha.

E, em uma análise histórica das penas, nota-se que a prisão surgiu como efeito de custódia física¹¹, ou seja, manter o infrator preso com fins de aguardar o julgamento da pena, sendo, a época, uma pena sobre o corpo do réu.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantias. p.37-38.

⁸ COSTA, Cláudia Pinheiro da. Sanção Penal: Sua Gênese e Tendências Modernas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.13.

⁹ COELHO, Yuri Carneiro. Introdução ao direito penal. JusPodivm. Salvador. 2009. p.56.

¹⁰ Código de Hamurabi que se baseava na premissa “Olho por olho, dente por dente”.

¹¹ AMARAL, Cláudio do Prado. A história da pena de prisão. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 25.

Bitencourt¹² destaca que a Grécia e Roma são os expoentes do mundo antigo que reconheceram a prisão como uma forma de impedir que o culpado pudesse de alguma forma se subtrair-se ao castigo, apesar de que, não podia dizer, naquela época, a prisão já era o cumprimento de pena, uma vez que a sanção não era a privação de liberdade, e sim só um meio para as penas corporais e infamantes, inclusive a pena de morte.

A prisão como custódia, hoje é reconhecida constitucionalmente como medida cautelar de prisão provisória. Naquela época a prisão do acusado era puramente processual, a fim de evitar que o criminoso fugisse, e após a sentença do juiz, se fosse condenado, determinaria a aplicação de uma pena corporal. Caso não fosse sentenciado à pena de morte, era libertado. Ou seja, a pena privativa de liberdade era ocupada nessa época como eixo¹³ para a sanção que se dava por meio de penas corporais.

Com a introdução de leis medievais, a pena da prisão perde um pouco de espaço da custódia para ser uma forma de amedrontar a sociedade, dando uma ideia de prevenção da infração. Diante disso, Foucault em seu livro descreve a condição de um homem pelo crime de parricídio, eis:

[...] a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris (onde deia ser) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tchã de cera acesa de duas libras; (em seguida), na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direito segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes que serão queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretido conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalo e seus membros e corpos consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.¹⁴

As penas desumanas e o suplício eram muito presentes, e, até basicamente o início do iluminismo as penas eram corporais, com o caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem que pagava pelo delito, sendo que a punição era paga através do sofrimento físico e mental do criminoso¹⁵.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.31.

¹³ GRECO, Rogério. Curso de direito Penal: parte geral. 21ª ed. Impetus. 2019. p.24.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão 42.ed. Rio de Janeiro. Editora Vozes. 2014, p.09.

¹⁵ GRECO, Rogério. Ibid. p.23.

Contudo com o passar do tempo as penas foram se transformando, até a chegada do iluminismo que teve uma influência na modificação das penas. Um autor que ficou conhecido nessa época foi Beccaria, afirmando que a prisão deveria de ser como forma de evitar novos crimes¹⁶, e não dolorosa, ou seja, um sistema criminal reformador, tentando então, construir um direito sobre bases humanas¹⁷.

Beccaria apresenta lições e princípios que modificaram a maneira de tratar o ser humanos, afirmando a todo momento que a sua dignidade é um direito inato. E ainda, seu mérito não foi a originalidade da construção dos princípios, e sim a coragem de discuti-lo em publico, quando tais fundamentais contrariavam os interesses dos detentores da época¹⁸.

(...) e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.¹⁹

Assim sendo, Beccaria se tornou uma das grandes referencias em sua obra sobre sistema criminal reformado. E, seguindo a mesma linha Foucault²⁰ faz a observação de que se deve haver um trabalho na alma do detento, com isso o estabelecimento prisional não apenas como um aparelho administrativo para impor uma sanção, mas também, uma máquina que modifica os espíritos do apenado, para que este não voltem a reincidir.

Os pensamentos da época do iluminismo foram uma forma de fazer com que a finalidade da pena fosse humanizada, deixando de lado os castigos dolorosos, para impor medidas com a finalidade de prevenir os delitos, ora antes do cometimento, ora após (que é a reincidência), dissuadindo os demais membros da sociedade, tal como a prevenção²¹.

O Iluminismo ficou marcado pela busca da humanização da pena, e isso, trouxe referências e base para o Brasil.

¹⁶ Tal termo hoje aparece na teoria da pena da prevenção.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1967, p.49.

¹⁸ GRECO, op. cit., p. 28

¹⁹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1. ed. São Paulo. Edipro, 1999, p. 16.

²⁰ FOUCAULT, Ibid., p.67.

²¹ GRECO, op.cit, p.31.

Desde então, as normas jurídicas se modificam, com traços de se desvincular das torturas, e tratar a pena como justificadora da infração, mas, acima de tudo, respeitando os seus limites e dignidade da pessoa humana.

Contudo, o que se mostra é que, apesar da tentativa de humanização dessas normas, as garantias evoluíram, mas a sociedade não acompanhou essa evolução²², fazendo com que não haja efetivação dessas normas garantidoras, tornando o indivíduo invisível aos olhares da sociedade, bem como aos olhares do legislador, judiciário e executivo.

Ainda, a pena da restrição de liberdade, tornou-se cada dia mais usual, com a justificativa baseada na discricionariade do Magistrado, e não menos importante, ignorando todas as garantias previstas na norma jurídica, bem como dando resposta à sociedade que não tem interesse em arcar com o custo da presunção de inocência, e sim, usa um discurso ignorante da sensação de impunidade para respaldar a prisão.

Não é surpresa, que diante da historicidade da pena de prisão, os cárceres brasileiros estão cada dia mais superlotados, atingindo marcas relevantes em comparação com outros países.

Figura 01 – Taxa de encarceramento no Brasil



Fonte: Paloma de Lucca Lessa Carvalho

O levantamento da “Wold Prison Brief” retrata bem a ideologia do aprisionamento em massa – apesar de ser seletivo, as taxas são expressivas, ainda, apesar do traço humanístico que os normas vem acrescentando, o valor expressivo do déficit demonstra a realidade, e as condições concretas existentes na supressão das garantias.

²² AMARAL, Ibid. p. 160

2.2 O GARANTISMO PENAL E SUAS VERTENTES POR FERRAJOLI

O garantismo penal surgiu no Brasil com fins de fortalecer os que já vinha sendo percorrido – alicerçado ao iluminismo, com um olhar para a humanização das penas, para fins da pena ter uma função para além de punir.

Ferrajoli então, em 1989 publica o livro intitulado “Direito e Razão – teoria do garantismo penal”, impulsionando a vertente do garantismo, e tratando observações e princípios para respaldar sua teoria, em busca de um Estado Democrático de Direito e salvaguardar as liberdades individuais dos cidadãos.

Ferrajoli demonstra que a tutela dos direitos fundamentais somente poderá ser efetivada a partir da minimização do exercício do poder, evitando-se o arbítrio (com a adoção de regras racionais de limitação e controle), e da maximização das garantias e liberdades individuais.²³

Nesse sentido, Norberto Bobbio cumpre muito bem a composição do prefácio do livro, sintetizando o que Ferrajoli aborda em sua teoria a partir da “elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal²⁴.”

A teoria do garantismo penal impulsionada por Ferrajoli é decorrente de uma crise no sistema penal. Para tanto Ferrajoli trata da razão no direito, sob três eixos de análise crítica do sistema penal: epistemológico, axiológico e normativo.

Em síntese, sob eixo do epistemológico (filosófico) o autor busca uma restrição da violência estatal, controlando e reduzindo o poder do Estado, no eixo axiológico (político) retrata os critérios para as decisões judiciais, baseado na justificativa ético-política, e por fim, o eixo normativo (jurídico) propõe a validade e relação entre a norma e os princípios.

Nesse sentido Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque retratam esses eixos como “A razão NO direito”, “A razão DO direito”, e por fim,

²³ PINHO, Ana Clara Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernanda da Silva. Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir. 2.ed. São Paulo: Editora Tirant lo blanch, 2019, p. 38.

²⁴ BOBBIO, Norberto. Prefácio In: FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

“A razão DE direito penal”. Assim, eles cumprem muito bem o que Ferrajoli ensina, eis²⁵:

Quadro 01 – Síntese dos sentidos emprestados da Razão, proposto por Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque.

RAZÃO NO DIREITO	RAZÃO DO DIREITO	RAZÃO DE DIREITO PENAL
Epistemológico	Axiológico	Normativo
Estabelecer vínculos e limites para o poder descontrolado do Estado, inclusive, criando axiomas para direcionar os atos do poder, limitando-o baseando na racionalidade. Sendo imprescindível que o magistrado privilegie o cognoscitivismo ²⁶ em detrimento do decisionismo ²⁷ . E, de igual modo, que o poder legislativo se atenha a fatos e não indivíduos.	Retratar uma fundamentação válida para justificar o direito penal, com o questionamento do “se”, “por quê”, “quando” e “como”, com fins de justificação da pena (castigar), dos delitos (proibir) e do processo (julgar), retratando a justificação interna e externa. Ou seja, uma busca incessante de justificar a intervenção estatal na liberdade do indivíduo.	Buscar dentro do ordenamento, principalmente na Constituição Federal, o fundamento e validade do poder de punir. Se assemelha no axiológico, na busca de uma justificação, só que aqui, vai se respaldar nos preceitos normativos internos.

Fonte: Paloma de Lucca Lessa Carvalho

Concomitantemente, Ferrajoli também trata de um mecanismo de conteção extremamente importante, qual seja, o abuso de poder, a saber:

Luigi Ferrajoli indica quatro frentes garantistas. A primeira está vinculada à revisão da teoria da validade, que preconiza uma diferenciação entre validade/material e vigência/formal das normas jurídicas. A segunda frente pretende o reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, suplantando o caráter meramente procedimental desta. Já na terceira, do ponto de vista do Juiz, propõe-se uma nova maneira de ver a sujeição à lei somente por ser lei – aspecto formal – pretendendo que a sujeição se dê somente quando conjugadas à forma e ao conteúdo das normas. Por fim, observa a relevância da ciência jurídica, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.²⁸

Assim, não adianta as inúmeras reivindicações sociais por positivação de direitos, quando na verdade tal reconhecimento não pode ser dar apenas no plano fomal, e sim, ser valorada no plano material.

Nesse cenário, Ferrajoli busca incenssantemente em sua teoria a:

discutir o sistema penal atual, em suas bases filosófica, políticas e jurídicas, destrói velhos vícios teóricos e práticos, para em seguida, construir a Teoria Geral do Garantismo como modelo ideal – um sistema normativo dotado de garantias que lhe tragam racionalidade -

²⁵ PINHO, Ana Clara Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernanda da Silva. Ibid., p. 39/44.

²⁶ Assertivas/fatos comprovados por meio de coleta de provas para assim, dar fundamentação a decisão.

²⁷ Discrecionalidade à disposição do magistrado.

²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3

a partir da qual são analisados os problemas fundamentais da pena, do delito e do processo pena.²⁹

Nesse horizonte, atualmente, o garantismo penal se tornou banalizado, no qual, os punitivista optam por criticar toda e qualquer política pública que venha para ampliar os direitos fundamentais do preso. A partir disso, antes de conhecer a teoria dos garantismo penal, os críticos de plantão surgem para hostilizar quem defende a teoria, com frases perjorativas e ignorantes no sentido de “*Cuidado, aquele ali é garantista, quer colocar os bandidos na rua*”. Sendo a teoria, recorrentemente assimilada equivocadamente como uma teoria da impunidade.

Cumprе ressaltar, que a teoria do garantismo penal partiu do plano de uma crise no sistema penal, e surge com uma crítica contra o aviltamento dos direitos fundamentais, que apesar de encontrar respaldo formal, não se retrata no plano material, sendo assim, deve-se extrair a efetivação prática.

(...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, (...), mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.³⁰

Ainda, Ferrajoli concebe axiomas, que retratam às garantias processuais penais e penais para uma efetivação dos direitos, sendo eles a regra do jogo no sistema penal.³¹

Ademais, cumpre expor tais axiomas, ou seja, os postulados tratados pelo autor para fins de efetivação dos princípios e garantias na seara penal:

1. *Nulla poena sine crimine* = Princípio da retributividade
2. *Nullum crimen sine lege* = Princípio da legalidade
3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitat* = Princípio da necessidade ou economia do direito penal
4. *Nulla necessitas sine injuria* = Princípio da lesividade
5. *Nulla injuria sine actione* = Princípio da exterioridade da ação
6. *Nulla actio sine culpa* = Princípio da culpabilidade
7. *Nulla culpa sine iudicio* = Princípio da jurisdicionaridade

²⁹ Editora Revista dos Tribunais. Apresentação In: FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 7

³⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 95

³¹ FERRAJOLI, Luigi Direito e razão : teoria do garantismo penal. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, P. 75.

8. *Nullum iudicium sine accusatione* = Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação.
9. *Nulla accusatio sine probatione* = Princípio do ônus da prova
10. *Nulla probatio sine defensione* = Princípio do contraditório

Assim, tais axiomas trazem para o direito tanto uma direção e quanto uma limitação ao poder de punir que deve ser respeitado. Tais postulamentos, são proposições prescritivas, que descrevem o que deve ocorrer e as condições que um sistema penal deve satisfazer para fins de efetivação dos princípios normativos e seus parâmetros³².

Com efeito, o direito penal enuncia uma condição *sine quo non*³³, na medida em que os princípios retratam uma garantia para a aplicação da pena e para a responsabilidade penal³⁴.

Nesse cenário, a atividade jurisdicional está em pendência para com a efetividade do lei, da aplicabilidade dos direitos fundamentais perante o sistema penal, o qual, recorrentemente é violado em suas garantias.

Ao se compreender que a liberdade pessoal é uma garantia fundamental tutelada pelo Estado Democrático de Direito, pode ser extraída a conclusão de que nele não há espaço para que se dê o avanço desmedido dos anseios punitivos. A sociedade deve estimular a formação de mecanismos de contenção ao Estado Penal. É neste quadro que a interpretação constitucional ocupa o seu espaço institucional para limitar o sistema punitivo e resguardar a dignidade humana.³⁵

Portanto, em nome do Estado Democrático de Direito³⁶, a interpretação dos direitos fundamentais previstos nas normas jurídicas devem ser fundadas na garantia de uma efetivação de fato dos direitos nelas contido.

³² FERRAJOLI, Luigi. Ibid, p. 73

³³ Termo latino para expressar “sem o qual não pode ser”.

³⁴ Ferrajoli, op.cit.,p. 74

³⁵ BIZZOTTO, Alexandre. A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de Pós- Graduação em Ciências Criminais. PUCRS, Porto Alegre, 2008, p. 10.

³⁶ “1. Lato sensu, o ordenamento estatal fundado na ordem social (V.) e na segurança jurídica (V.), cujas características são a legitimidade das instituições políticas, a legalidade dos atos da Administração, a independência e harmonia entre os Poderes, o controle judicial das leis e a garantia dos direitos dos cidadãos. 2. Numa abordagem de teoria democrática de Governo, inclui-se como outra característica essencial a conformidade do poder político à vontade do povo que autorizou e organizou o Estado”. MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Política Jurídica. p. 38.

2.3 INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA PENAL A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

São normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.³⁷

Prima facie, cumpre destacar que, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de dar norte à carta Magna surge como uma obrigação de fazer e não fazer do Estado, bem como salvaguardar a inviolabilidade do princípio com a exigência de que o estado tenha prestações positivas de modo a garantir o mínimo existencial ao indivíduo, qual seja a efetiva aplicabilidade do mesmo.³⁸

Sendo assim, como dito, após a supressão dos direitos na segunda guerra, tal princípio foi incorporado mundialmente com a valorização da dignidade da pessoa humana, sendo introduzido nas principais constituições dos países.

Com efeito, na Constituição Federal de 1988, este princípio foi consagrado baseado na Declaração Universal de Direitos Humanos, como preconiza o “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”, funcionando como norteador na Constituição cidadão, reconhecida mundialmente pela extensa proteção de direitos.³⁹

Ademais, a dignidade da pessoa humana perpassa por diversas conceituações, mas todos em prol dos direitos do ser humano. Tanto é que a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰ é justamente a relação entre a dignidade da pessoa humana e natureza intrínseca, ou seja, o autor acredita que a dignidade da pessoa humana é intrínseca de cada ser humano, não podendo de modo algum ser retirada.

³⁷ MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 20.

³⁸ PAIVA, Uliana Lemos de; BICHARA, Dr. Jahyr-Philippe. A violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade de responsabilização interna e internacional do estado brasileiro, p. 7. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/4351/3550/>. Acesso em 23 de março 2021.

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 23 de março 2021.

⁴⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Livraria do advogado. 2018, p.37.

Ainda, Bruno Del Preti e Paulo Lépore, ensinam que o termo dignidade da pessoa humana difere da dignidade da espécie humana, elencando no livro *Manual de Direitos humanos* que não pode afirmar que são a mesma coisa, uma vez que, apesar de haver apenas a mudança de uma palavra – quais sejam, espécie e pessoa – e as mesmas serem usadas retratando sinônimos, quando se trata sobre dignidade, o uso da palavra correta é importante, já que estas tem sentidos diferentes. Para os autores, a dignidade da espécie humana advém da antiguidade, em que acredita que o ser humano é superior e privilegiado em relação aos seres que habitam o mundo, apesar disso, os filósofos usavam desta premissa para sustentar que há diferenças naturais entre alguns seres, por isso, poderia haver permissão para escravatura, e no caso da dignidade da pessoa humana, esta surgiu do início da época moderna, afirmando que todas as pessoas, só por serem do gênero humano, tem dignidade e devem ser tratadas de forma igualitária, ou seja, dá à dignidade o caráter de igualdade e universalidade.⁴¹

A dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como a garantia especial de proteção e respeito ao ser humano, em seus aspectos físicos, psíquicos e social, tanto em relação ao Estado, como em relação aos particulares.⁴²

Por este modo, a dignidade da pessoa humana caracteriza que os direitos individuais vinculam às ideias de autodeterminação na tomada de decisões fundamentais, mas não é só isso, ela requer prestações positivas do estado, especialmente ao verificar a fragilidade ou ausência da capacidade de determinação dos indivíduos em cenário político.

O Pacto de San José da Costa Rica corrobora com o princípio da dignidade da pessoa humana, quando retrata no Art. 5º, 2, que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano”, contudo, o que se demonstra é que estas garantias não são prestadas.⁴³

⁴¹ LÉPORE, Paulo; DEL PRETI, Bruno. *Ibid.*, p. 37

⁴² PAIVA, Uliana Lemos de; BICHARA, Dr. Jahyr-Philippe. *Ibid.*, p.6-7

⁴³ Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*, 1969, p.3.

Com base nisso, foi criada a Lei de Execução penal, a fim de garantir que os presos em restrição de liberdade, principalmente, tivessem seus direitos garantidos, assegurando ainda a eficácia de um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, tal lei, logo no início prevê que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”⁴⁴

Cumpra ainda transcrever, também, o art. 1º da Lei de Execução Penal “Art. 1º 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.”⁴⁵

Portanto, exceto os direitos que são incompatíveis com a liberdade de locomoção, todos os outros tem que ser apurados a fim de analisar se estão sendo respeitados, pois o que se verifica é a dupla penalização do apenado, uma vez que além da pena restritiva de liberdade, ele ainda sofre diversas violações de direitos que lhe são garantidos.

A comprovação de que a pena privativa de liberdade não se revelou como remédio eficaz para ressocializar o homem preso comprova-se pelo elevado índice de reincidência dos criminosos oriundos do sistema carcerário.

Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliadas ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma de ex-detento e o total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário torne-se marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções.⁴⁶

Isso se dá porque há uma ênfase à segurança especialmente na seara criminal, que faz com que o poder judiciário queira dar uma resposta à sociedade midiática que tem conceitos pré concebidos, sem o mínimo de domínio no assunto.

Diante disso, a sociedade acredita que é preferível que os indivíduos que cometeram delitos, não tenham garantias e fiquem enjaulados em condições desumanas, com a justificativa de que tenham menos “criminosos” nas ruas.

⁴⁴ BRASIL, LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984, institui Lei de Execução Penal. Art. 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 25 março de 2021.

⁴⁵ BRASIL, LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984, institui Lei de Execução Penal. Ob. Cit.

⁴⁶ ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13087-13088-1-PB.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021., p. 10.

Sendo assim, tal pensamento é totalmente incabível, pois com verificação, nota-se o efeito contrário a partir da reincidência, tanto é que muitos doutrinadores abordam os presídios como escola do crime. Inclusive, Greco afirma “Cabe, a nós decidir se voltarão melhores ou piores”⁴⁷.

Assim, é necessário que perceba-se que o preso conserva seus direitos enquanto cidadão, à exceção daqueles que sejam incompatíveis com a condição peculiar de uma pessoa presa, tais como a liberdade de locomoção (CF, art. 5º, inc. XV), o livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º inc. XVIII), a inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. 5º, inc. XI) e o exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, inc. III), esta última com uma outra peculiaridade que não cabe adentrar neste estudo. Não obstante mantém o preso os demais direitos e garantias fundamentais, tais como o respeito a integridade física e moral (CF, art. 5º inc. III, V, X e LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º inc. VI), ao direito a propriedade (CF, art. 5º, inc. XXII), e em especial, aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. Diante disso, mostra-se que a Carta Magna ao proclamar o respeito a integridade física e moral dos presos, conserva também todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre.⁴⁸

Com efeito, tal ênfase na segurança faz com que tenha reflexos diretos na execução penal, uma vez que o poder exercido nesse âmbito não abre espaços para o preso possuir direitos, fazendo com que a marginalidade, violência e abusos sejam amplificados.⁴⁹

Ênfase à segurança, já é inconstitucional por si só, na medida em que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento, expresso no art. 1º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, não a **segurança pública que**, por motivos óbvios, legais e constitucionais, **não pode se sobrepor às condições básicas de sobrevivência do ser humano ou aos direitos e garantias que protegem essas condições.**⁵⁰

Concomitantemente, apesar de todo o aparato de direitos, nota-se que no sistema prisional acontece o oposto, no qual tem celas superlotadas, condições estruturais dos estabelecimentos abalados, falta de cuidado com a integridade do

⁴⁷ GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo. Saraiva, 2011, p.403.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro. Nova prisão cautelar. Rio de Janeiro. Impetus, 2011, p. 123.

⁴⁹ VALOIS, Luis Carlos. Ibid., p. 15

⁵⁰ VALOIS, Luis Carlos. Ibid., p. 15

preso, ou seja, os estabelecimentos prisionais tem o efeito contrário ao pretendido, executando um desrespeito aos princípios e direitos.

No mais, Bonavides ensina que:

A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos⁵¹.

Dito isso, o que ocorre é o desrespeito para com o indivíduo que porventura cometeu um delito, pois qualquer indivíduo que adentre no estabelecimento prisionais, para visitar, por exemplo, consegue notar presos dormindo no chão, ratos em todas as partes, a capacidade das celas com mais que o dobro do que suporta, presos sem notícias referentes aos seus processos – pedindo que alguém dê uma olhada no processo, entre tantos outros fatos que demonstram não só a falta de dignidade, mas também a falta de humanização perante os presos.

Por conseguinte, as penalidades já perpassaram por diversos momentos e fases, e não pode cansar de dizer que o Brasil se tornou em tese um Estado democrático de direito, sendo reconhecido como tal após um processo de redemocratização, após os longos períodos de ditadura, em que o país experimentou um Estado de Exceção severo⁵².

Apesar disso, atualmente, o poder estatal, distorce a finalidade do sistema processual penal.

Os operadores do direito, ao estarem em contato direto com a realidade judicial, podem ser um dos primeiros a internalizar a violência estatal, com o manejo tímido dos instrumentos constitucionais disponíveis ou, mesmo, manipulando-os contrariamente às finalidades de proteção aos direitos fundamentais. A função judicial, guardiã constitucional dos direitos fundamentais vem sendo submetida às pressões punitivas contemporâneas.⁵³

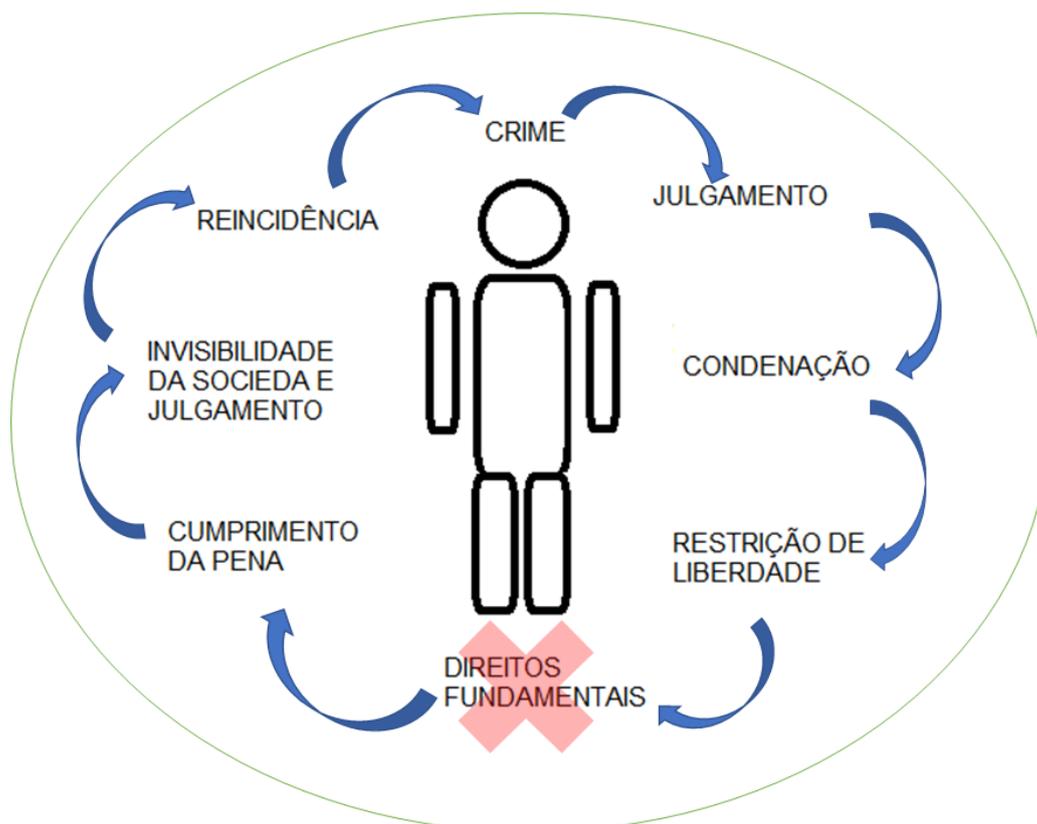
Desta forma, revela-se imprescindível retratar que tal realidade, cumulada ainda com a estigmatização da sociedade com o condenado, mesmo quando ele cumpriu a pena, tornou um ciclo que dá origem a reincidência.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed. Editora Malheiros. São Paulo. 2007, p.88.

⁵² RESENDE, Glicia Paula. Criminal law of the enemy, criminal selectivity and the relativisation of guarantees according to the Criminal Guarantee Theory. 2015. 158f. Thesis (Master's degree in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015, p. 109. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/6134d890a05ddacf92936bfb01a9469d.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁵³ BIZZOTTO, Alexandre. Ibid, p.10.

Figura 02 – Ciclo Penal



Fonte: Paloma de Lucca Lessa Carvalho

Esta criminologia midiática gera esse ciclo vicioso, onde o condenado – aqui se tratando de privado de liberdade – será, infelizmente, visto como um ex-presidiário, estereotipado, na medida em que a sociedade coloca a frente uma separação entre eles e o resto da sociedade, selecionando os ditos “bons e maus”.⁵⁴

Tais fatos, tem como ponto de partida a falta um senso crítico entre a população, utilizando de uma cultura arcaica de que “bandido bom é bandido morto”, e, para piorar, com discursos vazios, sem conhecimento de lei, de princípios e garantias, popularizando discursos como: “Matou? Tem que morrer também”, “Não cabe mais presos na cela? Simples, joga uma bomba e mata todos”, “Os policiais mataram? Que bom, eles mereciam”, “Torturar os criminosos? Eles merecem”, “O criminoso pode voltar pra sociedade? Não, ele merecem morrer nos presídios”, “Indivíduo que cumpriu pena? Não quero ele na minha empresa não”.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

Inúmeros são os comentários da população nesse sentido, esquecendo que implicitamente, tais respostas, podem ser ligadas diretamente a uma proibição da Carta Magna, qual seja a teoria da tortura e da pena de morte. Dito isso, a sociedade esquece de que, essa violência é muito mais complexa do que parece.

Comentários como esses, vão além do efeito “segurança” que tanto se almeja, e sim, a sociedade trata o réu como um indivíduo que não precisa de garantias, já que na verdade, ele não seria considerado nem pessoa, aos olhares da sociedade arcaica, trazendo uma herança da época que os escravos eram considerados coisas, ou até mesmo, da vingança privada e da lei de talião. Sendo que, não se pode olvidar que estes momentos são períodos que não trazem orgulho, onde, com o tempo, cada vez mais, os direitos foram estendidos, e não suprimidos, então porque regredir?

Esses julgamentos, no imaginário popular, poderiam ancorar uma pena de retribuição, tal qual, um ato de vingança. Isso se dá por uma herança histórica, o qual tem a intenção de gerar o máximo de sofrimento para o condenado.⁵⁵

Não podendo esquecer, que o fascismo e o nazismo não aconteceram do dia para a noite. E, a partir desse sentimento de insatisfação com a segurança, cujo sentimento é de que as garantias geram impunidade para os condenados, que o punitivismo vai ganhando força e se popularizando.

Tanto foi assim, que na Alemanha e na Itália, Hitler e Mussolini ganharam muitos adeptos, bem como, na ditadura militar no Brasil, momentos em que a supressão dos direitos era o normal.

Apesar disso, o passado, deixou muito claro, que a tortura e pena de morte, não traz benefício nenhum para a sociedade.

As penas institucionais têm um efeito criminógeno grave. São inúteis aos presos e nocivas à sociedade, posto que mantêm os condenados na ociosidade, multiplicando os vícios; tais condenados, depois de cumprirem suas respectivas reprimendas, retornarão ao mundo livre com redobrada propensão ao crime, em face do estigma e da discriminação.⁵⁶

⁵⁵ BRASIL, Canal de Ciências Criminais. Bandido bom é bandido morto. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/bandido-bom-bandido-morto/>. Acesso em 13 de abril de 2021.

⁵⁶ SECHAIRA, Sérgio Salomão. Prisões do futuro? Prisões no futuro? Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva / organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva. — São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 173

A reincidência é um grande fato que corrobora este efeito, principalmente quando o vê relacionado diretamente pelo senso de impunidade e supressão das garantias como um fator correto de punição, incidindo sobretudo quando se trata de indivíduo negro e pobre.

Neste cenários os “indivíduos pertencentes aos grupos marginalizados do mercado de trabalho reúnem as maiores probabilidades de criminalização”⁵⁷.

Inclusive, não é difícil perceber essa seletividade, é só se perguntar, quem está encarcerada, e não falo de uma minoria, e sim, as bases quantitativas devem ser gerais, de maioria absoluta. Portanto, se pergunte “quem está preso?”, ou melhor, visite um presídio que irá ver um retrato uniforme dessa seletividade, ou seja, de fácil observação.

Destarte ainda, que há uma lógica discriminatória em que o aparelho repressor está diretamente direcionado ao indivíduo de classes mais baixas, isso se dá a partir do momento que o Estado volta os seus olhos para o grupo discriminado, ora pelas condições socioeconômicas, ora pela cor de pele, selecionando-os, sendo que, quem pertencer a esta classe e não se adequar aos interesses do sistema é considerado inimigo da sociedade.⁵⁸

Tanto é que, um grande nome que expõe tais movimentos é Jakobs⁵⁹, o qual cria o modelo do direito penal do inimigo, que para ele o estado “pode vê-los como pessoas que delinuem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”⁶⁰.

Assim, o paradigma garantista tornou o paradigma do inimigo, e encontrou na obra de Jakobs “a legitimação para que o Estado, agora Democrático e de Direito, pudesse, assim como o fez, no Estado de Exceção, tratar os criminosos de forma diferenciada.”⁶¹

Se a conduta criminal majoritária é ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta regularmente e em todos os lugares do mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção

⁵⁷ SANTOS, Juez Cirino dos. A criminologia radical. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008.p.46.

⁵⁸ RESENDE, Glicia Paula. Ibid., p. 94.

⁵⁹ Gunter Jakobs, filósofo e professor alemão, criador da teoria do Direito Penal do Inimigo.

⁶⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.40.

⁶¹ RESENDE, Glicia Paula. Ob. cit, p. 80

de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime.

Por conseguinte, a criminologia midiática tem um grande efeito de jogar com as imagens dos indivíduos, de selecionar os que incorreram em delitos e os que são parecidos e suscetíveis a cometer delitos também, apenas pela semelhanças, seja físicas ou sociais, pois a “mensagem é que o adolescente de um bairro precário que fuma maconha ou toma cerveja em uma esquina, amanhã fará o mesmo que o parecido que matou uma velhinha na saída de um banco e, portanto, é preciso isolar a sociedade de todos eles”.⁶²

Mas a pergunta é, quem define então as imagens tidas como “propensores ao cometimento de ilícito”, se for a sociedade, há um problema no sentido do judiciário deixar discricionariamente se levar pela pressão destes, e, se for o legislativo, aí está indo de encontro à Constituição Federal, que prescreve que todos são iguais perante a lei.

De todo modo, em qualquer hipótese “o estado de exceção torna-se então a regra, e a definição de quem é o inimigo passa apenas por uma força de lei do soberano que instaura no coração da normalidade, a exceção”⁶³.

Não obstante, o senso comum, retratado principalmente pela mídia, reforça a ideia de um Direito penal máximo, construindo um rede de justificativas para os problemas sociais, a seletividade, a violência e aumento da criminalidade⁶⁴.

O senso comum teórico insiste na tese errônea de que assumir um lugar político-criminal de contenção, de redução de danos e de respeito aos direitos e garantias fundamentais corresponde a uma espécie de invenção teórica-garantística, como se pudesse por mera liberalidade acadêmica ou profissional, afastá-la, em nome de um ideal de justiça (?) – que, aliás, sempre pesa sobre o mais fraco.⁶⁵

Com isso, apesar da pressão midiática, e do senso comum, o STF foi provocado a se ver mediante situação em que é clara a supressão dos direitos dos condenados, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, sendo que ao adentrar nos estabelecimentos prisionais, a dupla penalização

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ibid., p. 307.

⁶³ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 47 p. 31.

⁶⁴ RESENDE, Glicia Paula. Ibid, p. 67.

⁶⁵ PINHO, Ana Clara Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernanda da Silva. Ibid., p. 21.

está intrínseca, uma vez que as condições dos presos são desumanas e inevitáveis.

O compromisso de proteção constitucional aos direitos fundamentais permite o surgimento do projeto do garantismo penal. A defesa dos hipossuficientes perante o Estado Penal, com a preocupação da redução dos danos causados por este, com o efetivo controle constitucional, se torna um objetivo na formação da norma constitucional, buscando-se a dignidade humana como valor maior.⁶⁶

3 O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NA ADPF 347 DO STF E O ABANDONO DA SOCIEDADE COM O INDIVÍDUO PRIVADO DE LIBERDADE

As condições dos sistema carcerário já não são mais novidade, inclusive há uma exposição midiática intensa sobre as condições degradantes e insalubres que os condenados e presos provisórios vivem nas celas do Brasil.

Diante disso, com o histórico brasileiro em relação ao sistema prisional, foi ajuizada uma ação de Arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo Partido socialista e liberdade (PSOL) em 2015 formulando pedidos para que o Supremo se manifestasse acerca da ilicitudes presentes nos estabelecimento prisionais, já que há uma manifesta falta de dignidade e garantias que os presos são obrigados a viver enquanto estão restritos do direito de ir e vir.

Nesta senda, foram propostas diversas medidas cautelares, com o intuito de sanar as violações existente. Concomitantemente, o referido partido – precursor desta medida – tratou prontamente, de demonstrar tais violações, de tal modo que, concluiu que a situação do sistema prisional brasileiro decorre tanto de atuação comissiva quanto omissiva dos poderes da União.

Inclusive, antes desta ADPF, em 2008, foi instaurada uma Comissão Parlamentar do Inquérito do Sistema Carceário, em que concluiu que os excessos são de conhecimento tanto da sociedade quanto dos agentes públicos.

Eis:

Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano [...] Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas.⁶⁷

⁶⁶ BIZZOTTO, Alexandre. Ibid., p.8

⁶⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. Disponível também em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 04 de abril de 2021.

Nesse horizonte, o sistema carcerário já é visto há muito tempo como um estabelecimento que suprime o condenado e/ou preso cautelarmente de condições mínimas, inclusive internacionalmente o Brasil já foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em São José em Costa Rica, devido a Casa de Detenção de José Mario Alves⁶⁸, localizada em Porto Velho (Rondônia), e, neste julgado a Corte determinou que o Brasil:

a) adote de forma imediata todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e integridade pessoal de todas as pessoas detidas na Penitenciária Urso Branco, assim como as de todas as pessoas que ingressem nesta, entre elas os visitantes e os agentes de segurança que prestam seus serviços na mesma; b) adequue as condições da mencionada penitenciária às normas internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis à matéria.⁶⁹

Mesmo com o reconhecimento do “estado de coisa inconstitucional”, a liberdade e integridade de milhares de presos ainda permanece em risco, fazendo com o que o reconhecimento não tivesse eficácia no plano concreto, é como se o judiciário estivesse dizendo o seguinte: “você está preso ilegalmente, inconstitucionalmente, mas vai continuar preso”.⁷⁰

3.1 APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisa Inconstitucional é um instituto relativamente novo, uma vez que surgiu no final da década de 90, com o sentença inovadora da Corte Colombiana que tratava de uma ação com 45 professores que tiveram seus direitos previdenciários – que eram inerentes a essa classe – violados pelas autoridades públicas, e ao investigar o caso, a corte percebeu que não eraM apenas esses professores, e sim a toda a classe, havendo omissões da autoridade. Portanto, da Sentencia de Unificación 559/1997 a Corte Colombiana, reconheceu pela primeira vez o Estado de Coisas Inconstitucional.

A Corte Colombiana, a partir desta sentença começou a agir, não apenas reconhecendo o Estado de coisas inconstitucional, mas também para uma atuação mais efetiva, que tinha como objetivo colocar em prática ações com fins de que os direitos deixassem de ser violados, tal como: promoção de políticas públicas e adoção de medidas para superar o estado de coisas inconstitucionais.

⁶⁸ Mais conhecida como presídio Urso Branco.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Medidas Provisórias. Caso Da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em 07 de jun. 2021.

⁷⁰ VALOIS, Luís Carlos. Ibid, p. 20.

Isso se dá através da ação do magistrado que se torna “mucho más activo socialmente, más comprometido com la búsqueda de soluciones profundas a los problemas estructurales que padece nuestro Estado y que repercuten en el disfrute cotidiano de los derechos fundamentales de los asociados”.⁷¹

Um dos casos marcantes da Corte Colombiana para efetivação da proteções dos direitos fundamentais, foi na *Sentencia* T-025 de 2004, em que o caso se deparou com deslocamento forçados de pessoas devido a violência paramilitares, a qual a “inércia das autoridades públicas e da ausência de ajudas humanitárias, resultou na extrema vulnerabilidade da população deslocada.”⁷²

Nessa sentença, a novidade não foi o reconhecimento de que os direitos estavam sendo violados, e nem a omissão dos autoridades, e sim o fato da corte ter retido jurisdição para implementação de suas ordens, sendo que a Corte atuou de maneira efetiva, se estendendo no tempo para que fosse suprimida a violação de direitos fundamentais, a qual, além de determinar políticas públicas, se fez presente em supervisionar o cumprimento da decisão, bem como realizando audiências públicas para debate das soluções. Foram dez anos que a Corte supervisionou a implementação das políticas públicas.⁷³

Esse reconhecimento pela Corte Constitucional Colombiana tem uma enorme importância e precedente na medida que determinou modificações com fins de resguardar os direitos fundamentais violados nos casos.⁷⁴

Assim, na prática, quando há uma violação de direitos, incumbe a declaração de estado de coisas inconstitucional, sendo uma técnica que vai ter elevado grau de urgência e necessidade, a fim de que as autoridade hajam de maneira efetiva para não mais ocorrer quaisquer violações de direitos, bem como permitir,

⁷¹ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p.206.

⁷² SILVA, Leticia Fidalgo da. A declaração do estado de coisas inconstitucional frente à separação de poderes. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-declaracao-do-estado-de-coisas-inconstitucional-frente-a-separacao-de-poderes/#_ftn2.

⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. 2.ed.rev.,atual. E ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 149.

⁷⁴ ANDRADE, Bruno Araujo de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 13, n. 13, 2016, p. 23.

inclusive, que, a Suprema Corte vincule os demais poderes para a tomada de ações efetivas para transformar a realidade transgressora de direitos.⁷⁵

Sendo assim, veja como leciona o ilustre especialista em direitos humanos César Rodríguez Garavito:

Afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a vários organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato em las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso.⁷⁶

Ademais, quem explana de forma brilhante o que seria o estado de coisas inconstitucional é Carlos Alexandre de Azevedo Campos, veja-se:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.⁷⁷

Para Campos, essa medida busca além de observar a realidade para que haja uma efetiva observação ora na dignidade da pessoa ora nos direitos fundamentais, ela urge muito mais como uma forma de superar esse estágio de coisas inconstitucional do que como uma intervenção, pois, para ele seria muito difícil que o governo superasse esse estado caso não houvesse uma forte e ampla intervenção judicial.⁷⁸

Nessa esteira, quando se trata da declaração do estado de coisas inconstitucional pelo judiciário, muito se fala sobre o judiciário estar atuando com ativismo judicial⁷⁹, contudo, apesar disso, o presente trabalho não irá se aprofundar neste tópico.

⁷⁵ SOUZA, Amanda Victória Queiroz De. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: Um estudo sobre a ADPF 347 do Supremo Tribunal Federal. Monografia - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Orientadora Christine Oliveira Peter da Silva. 2020, p. 26.

⁷⁶ GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 213.

⁷⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Ibid. p, 102.

⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Ob. Cit. Loc. cit.

⁷⁹ Técnica em que o poder judiciário interfere em outros poderes.

Cumprido, contudo, entender que, sempre que possível deve ser priorizada a harmonização da autonomia dos poderes, inclusive porque, um dos fundamentos do estado democrático de direito é justamente a separação de poderes⁸⁰. Porém, não é razoável que o poder judiciário permaneça inerte, principalmente quando se demonstra a reiterada violação dos direitos.⁸¹

[...] a intervenção judicial, realizada quando da declaração do estado de coisas inconstitucional, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos requisitos próprios e não implicando supremacia judicial, revela-se postura judicial legítima.⁸²

Portanto, esse ativismo não é como um afronta aos outros poderes, e sim, como forma de uma participação ampla do Judiciário para a concretização dos valores e fins constitucionais.⁸³

Inclusive, a própria lei⁸⁴ prevê que será fixado as condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, tendo como efeito vinculante aos demais órgãos.

Com efeito, atualmente outros países já adotam esta tese, e no Brasil não foi diferente, tendo como marco a ADPF 347 do STF diante das diversas violações ocorridas no sistema prisional brasileiro.

3.2 DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Ab initio, cumpre apresentar o instituto jurídico que ensejou o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, qual seja, arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo que, adentrando sobre a própria ação, é correto afirmar que esta ação foi criada como forma de remédio

⁸⁰ Foi atribuído com Monstesquieu e previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

⁸¹ SILVA, Leticia Fidalgo da. *Ibid.* loc.cit.

⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Ibid.*, p. 267.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, P. 389.

⁸⁴ BRASIL, Lei 9.882/99: Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 04 de jun. 2021.

constitucional, ressalvando-se a hipótese que pode ser retratada como um controle residual.

Este remédio constitucional foi incluído no ordenamento brasileiro através da EC 03/1993, sendo este instituído na Constituição Federal no art. 102 § 1º, que afirma: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Concomitantemente, a aplicabilidade desta ação foi motivo de diversos debates, uma vez que, apesar de estar incluída no ordenamento jurídico ela não é auto-aplicável. A partir disso, o doutrinado José Afonso da Silva⁸⁵, afirma que a ADPF é uma norma de eficácia limitada, ou seja, para que a mesma tenha efetividade, depende de uma regulamentação.

A partir desse entedimento, muitas foram as discussões e projetos de leis para a regulamentação desta norma, contudo, só foi com a Portaria 572/97⁸⁶ que de fato houve a regulamentação, na medida que o referido projeto foi convertido na lei 9.882/99

Na interpretação do texto da lei, já há que se reparar duas espécies de arguição, quais sejam: arguição preventiva (evitar lesão) e arguição repressiva (reparar lesão).⁸⁷

Para Gilmar mendes, a ADPF, surge como um meio de completar o sistema de controle de constitucionalidade, pois faltava ação para o efetivo controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, até porque algumas questões não podiam ser apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, e, agora serão objeto de exame deste novo procedimento.⁸⁸

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª edição revista, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 186.

⁸⁶ Composta pelos juristas: Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa.

⁸⁷ BRASIL, Lei 9.882/99. Ibid. Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetros de Controle e Objeto. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001, p. 135.

Portanto, apesar de ter outros remédios contitucionais para o controle de constitucionalidade, a ADPF torna-se fundamental para a análise das violações dos preceitos fundamentais, na medida que torna uma ação específica para tal demanda, ao invés de usar ações genéricas para falar sobre um assunto tão delicado e importante.

Verificar-se-á que a argüição é cabível sempre, e absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. E não oferece maior resistência o argumento de que em muitos casos já haveria uma ação própria, que é a ação direta de inconstitucionalidade (por ação, por omissão e mesmo a interventiva), com o que se teria uma superposição desnecessária de dois institutos com finalidades idênticas. A possibilidade de utilização de duas ações diversas que pretendem alcançar uma mesma finalidade, dentro da chamada jurisdição constitucional, de há muito já existe no Direito pátrio. Assim, a duplicidade não seria argumento com força obstar a compreensão aqui propugnada para o novel instituto. (...) ⁸⁹

Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental se faz representada como forma de controle de constitucionalidade, a qual tem como objetivo a proteção dos preceitos fundamentais, acrescendo-se as demais ações de controle constitucional.

Ainda, a Lei 9.882/99 fez incluir no art. 4º §1º⁹⁰, o princípio da subsidiaridade, a partir do momento que restou definido que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser admitida quando não houver outro meio para sanar a lesão.

Nessa esteira, Gabriel Marques trata de apresentar as características desta ação, assim, o autor afirma que o próprio nome traz consigo suas características, são elas arguição, descumprimento e preceito fundamental. Portanto, cumpre destrinchar estes núcleos: a arguição é a própria ação que serve para controlar a constitucionalidade de uma demanda, descumprimento revela que significa qualquer desrespeito aos preceitos fundamentais, e por fim

⁸⁹ AVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001, p. 43.

⁹⁰ Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

preceito fundamental vai tratar de algum preceito importante e não qualquer um consagrado na Carta Magna.⁹¹

Não menos importante, o ato de lesão ao preceito fundamental, deve ser praticada pelo poder público, o qual, por ato deste, há violação dos direitos fundamentais, sendo que a decisão de mérito, suscitada pelo STF nesta ação, possui efeitos vinculantes aos demais órgãos da Administração Pública.⁹²

Aqui, há um aspecto importante que deve ser retratado, pois as categorias de direitos fundamentais são traçadas como uma relação jurídica vertical, assim, há dois polos, sendo o primeiro o Estado, que tem o dever de observar os preceitos fundamentais e, no outro polo, o particular, que se beneficia dessas garantias. Contudo, atualmente a jurisprudência e doutrina defendem que as observações dos direitos precisam ser estendida para as relações horizontais, ou seja, entre os particulares também. Tal fato se dá com o intuito de se ter maior efetividade nas garantias.⁹³

Ainda, a Lei 9.882/99⁹⁴ cumpriu de prevê em seu texto normativo uma possibilidade de garantir a ordem social, ao conceder a alternativa da medida liminar, caso seja demonstrado urgência ou perigo de grave lesão, sendo que isso se dá pelo voto da maioria absoluta dos membros do STF.

Portanto, para sintetizar esta ação, eis as breves palavras do ilustre autor Gabriel Marques retratando de maneira sucinta a ADPF:

A ADPF pode ser compreendida, na sua modalidade mais conhecida, como uma ação do controle concentrado, destinada a combater o desrespeito aos conteúdos mais importantes da Constituição, praticados por atos normativos ou não normativos, quando não houver outro meio eficaz.⁹⁵

⁹¹ MARQUES, Gabriel. O que é arguição de descumprimento de preceito fundamental?. 2015. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>.

⁹² ANDRADE, Bruno Araujo de; TEIXEIRA, Ibid, p. 12-13.

⁹³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 5. ed. revista e ampliada – São Paulo: Atlas, 2014, p. 323.

⁹⁴ Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno. § 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

⁹⁵ MARQUES, Gabriel. Ibid.

Dito isso, a ADPF pode no julgamento entender que é inconstitucional a demanda tratada.

3.3 UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF 347

Antes de mais nada, é importante retratar que essa ação – a ADPF – como já dito anteriormente, é uma forma de controle repressivo que tem como foco reparar lesão aos preceitos fundamentais, Portanto, a ADPF foi interposta de maneira coerente, uma vez que os direitos sociais fazem parte dos preceitos fundamentais.

É evidente que o cenário do sistema penitenciário brasileiro tem violações dos direitos fundamentais, na medida que os poderes tratam – até então – com omissões, mesmo sendo nítida as condições desumanas, a falta de higiene e saúde, violências físicas externadas e até mesmo violências psicológicas. E, só estes fatos, de pessoas sendo tratadas com negligência, por si só é um afronta ao sistema normativo.

(...) A pena, nos dias atuais, sobretudo no Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos, tem uma função eminentemente ressocializadora, ou seja, tem o escopo de reintroduzir o egresso do sistema penitenciário no convívio social, de torná-lo um cidadão prestante, após ter ele saldado seu débito para com a sociedade. (...) Nessa linha, erigiu-se a dignidade da pessoa humana à categoria de um “sobreprincípio” justamente para impor limites expressos à atuação do Estado e de seus agentes, com reflexo direto no jus puniendi que ele detém como ultima ratio para garantir a convivência pacífica das pessoas em sociedade. Mas o que se verifica, hoje, relativamente às prisões brasileiras, é uma completa ruptura com toda a doutrina legal de cunho civilizatório construída no pós-guerra. Trata-se de um processo de verdadeira “coisificação” de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras “masmorras medievais”, que indica claro retrocesso relativamente a essa nova lógica jurídica.⁹⁶

Nesse sentido, a ADPF surge como um marco muito importante, em que, o próprio STF, reconheceu as omissões dos poderes, o qual, fez com que o sistema penitenciário colapsasse, declarando ainda, que os estabelecimentos prisionais estão fora dos padrões de direitos reconhecidos na Carta Magna.⁹⁷

A arguição de descumprimento de preceito universal, foi feita por meio de requerimento pelo Partido Socialismo e Liberdade, e protocolada junto ao Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015, com relatoria do ministro Marco

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581-RS. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 13 de agosto de 2015. DJE 01/02/2016 – ATA Nº 1/2016. DJE nº 18, divulgado em 29/01/2016, p. 14. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em 07 jun. 2021.

⁹⁷SOUZA, Amanda Victória Queiroz De. Ibid., p. 27.

Aurélio de Mello, que ineditamente reconheceu o Estado de coisas inconstitucional.

Nesse sentido, a requerida ação, foi proposta não apenas com o objetivo de reconhecer a violação sistemáticas da supressão dos direitos fundamentais no sistema carcerário, mas também, para que haja uma atuação efetiva contra esses fatos.

Assim, em caráter liminar, eis o que o STF decidiu:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (grifos nossos)⁹⁸

Assim, cumpre destacar que a própria ementa já traz consigo os pressupostos, tanto para a referida ação – arguição de descumprimento de preceito fundamental – quanto para a declaração de estado de coisas inconstitucional, quais sejam: 1) situação de violação de direitos fundamentais; 2) inércia das autoridades públicas e 3) modificação depende de atuação ativa de medidas, normativas, administrativas e orçamentárias.

Cumpre ressaltar que a responsabilidade por essa situação, é dos três poderes da Administração Pública, assim, o reconhecimento do ECI, vem para abordar

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Diário de Justiça nº 181, Brasília, DF, Relator(a): MARCO AURÉLIO, setembro de 2015. Ementa. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acesso em 07 jun. 2021.

sobre a inércia desses poderes, com fins de que reconheça o sistema deplorável dos estabelecimentos prisionais.

Tanto é que, no próprio voto do ministro Marco Aurélio, o mesmo reconhece a violação massiva dos direitos fundamentais, bem como dos preceitos previsto na Lei de Execução Penal. Eis:

Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal.⁹⁹

Posto isso, na referida ação, autuada sob o nº 347, foram feitos 19 (dezenove) pedidos, sendo 8 (oito) cautelares e 11 (onze) pedidos definitivos.¹⁰⁰

Destes, foram deferido parcialmente as liminares, determinado que:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos 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;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.¹⁰¹

Insta salientar que, o presente trabalho não trata-se de destrinchar a referida ADPF, mas de restar claro que os direitos fundamentais dos presos são recorrentemente violados, sendo nítida a falta de garantias, sendo que, já foi reconhecido neste inédito julgamento sendo destacado no voto do relator.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Ibid. VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO, p. 26.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Ibid.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Ibid. VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO, p. 41-42.

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.¹⁰²

Essas omissões estatais não trazem um prejuízo apenas ao privado de liberdade – digo isso, pois há presos provisórios, e não somente condenados, e sim para toda a sociedade, pois a partir dessa violações os presos não tem perspectivas de ressocialização, causando, como dito anteriormente, um efeito contrário à função da pena, na medida que estes privados de liberdade, quando saem dos presídios se tornam reincidentes, uma vez que são estigmatizados pela sociedade e assim há uma falta de oportunidade, bem como são submetidos a torturas e situações desumanas nas celas.¹⁰³

Apesar do reconhecimento do ECI, pouca mudança se fez na prática a fim de obter êxito nas garantias dos presos. Funcionando do seguinte modo: “*eu sei que as condições dos presídios são desumanas, mas estou lhe prendendo para dar uma resposta para a sociedade que acredita que desta forma teremos segurança. Então, você vai ficar preso*”. Portanto, é fomentado uma ilegalidade, ou seja, a prisão é ilícita, mas vai continuar acontecendo.

Dito isso, importante destacar que essa violações ferem diretamente o princípio da legalidade em nome do encarceramento e retrato de uma suposta segurança pública.

Ainda pior, a ilegalidade é seletiva, na qual tem cor, e condição social, de modo que os juízes no momento do julgamento, julgam de forma que usam do conceito de segurança pública extraído das experiências pessoais – seletivas, já que aqui fala-se das experiências de indivíduos de classes média e alta, branca, da sociedade brasileira, sendo que os mesmo se acham agentes garantidores da segurança pública, e não juízes de fato.

Sendo assim, essa questão do magistrado como agentes garantidores da segurança pública foi extraído da pesquisa realizada com os magistrados do

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Ibid. VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO, p. 24-25.

¹⁰³ ANDRADE, Bruno Araujo de; TEIXEIRA, Ibid, p. 34

Fórum do Rio de Janeiro, realizado por Rubens Casara, em que 84% respondeu levar em consideração a segurança pública.¹⁰⁴

Concomitantemente, esquece-se que “a segurança e a certeza do princípio da legalidade são benefícios que o condenado desconhece”.¹⁰⁵

O fato de uma suposta segurança é irreal, pois como já dito anteriormente, as condições dos presos e a sua própria estigmatização, geram o efeito contrário, que é justamente a reincidência.

Isto porque, a falha estrutural do sistema prisional brasileiro traz uma série de consequências, principalmente ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que haja a pressão da sociedade por uma suposta segurança jurídica, bem como a posterior estigmatização, fazem com que a ADPF 347 tenha grande apelo e importância, uma vez que reconhece os direitos violados no sistema carcerário brasileiro, mesmo que não tenha tido, até então, um efetivo efeito. Contudo, o reconhecimento já é um passo, pequeno, mas continua sendo relevante.

Portanto, as pessoas que se encontram privadas de liberdade, devem, mesmo nesta situação receber um mínimo para que haja uma vida digna, até porque “Um animal quando enjaulado, já se torna arisco, imagine, quando o mesmo é enjaulado e tem que brigar por um espaço, ele fica mais rebelde e arisco”.¹⁰⁶

3.4 A PESSOA QUE NINGUÉM ENXERGA OU NÃO QUER VÊ E SUA VIDA ATRÁS DAS GRADES

Enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema de segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se.¹⁰⁷

A ADPF, ao longo de sua propositura, e analisando os votos dos ministros, restou claro as violações massivas dos direitos fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante, vedação da aplicação de penas cruéis, o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, a segurança dos presos às integridades

¹⁰⁴ VALOIS, Luis Carlos. *Ibid.*, p. 25.

¹⁰⁵ VALOIS, Luis Carlos. *Ibid.*, p. 54.

¹⁰⁶ ANDRADE, Bruno Araujo de; TEIXEIRA, Maria Cristina. *Ibid.*, p. 21

¹⁰⁷ ASSIS, Rafael Damasceno de. *Ibid.*, p. 5.

física e moral e os direitos à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à previdência, bem como a assistência social e a assistência judiciária.¹⁰⁸

Este fato se alimenta ainda, da pressão da sociedade por uma suposta segurança jurídica, a qual tem grande relevância no julgamento dos que cometeram fato típico.

A situação do sistema penitenciário, chegando aos primeiros lugares dos rankings mundiais, se dá justamente pelo não olhar ao outro, as pessoas preferem fechar os olhos diante das barbaridades ocorridas, e isso, não só a sociedade plena, mas também os garantidores dos direitos, os poderes da administração pública.

O Estado, que deveria ser o primeiro a garantir a aplicabilidade dos direitos, age com indiferença em relação a gravidade do sistema carcerário brasileiro, que, com sua inércia permite direitos básicos serem violados, tratamentos degradantes, ora físicos ora morais, e principalmente, desrespeitando o fundamento mais expressivo do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.¹⁰⁹

O presente tópico abordará de maneira sucinta os direitos violados da pessoa que ninguém quer ver¹¹⁰, sendo um retrato do abandono para com essas pessoas e a estigmaização diante da sociedade.

3.3.1 Inversão da aplicabilidade dos direitos aos presos

É desnecessário que se fale que há problemas dos sistema carcerário, até porque, em diversos julgados e com o reconhecimento do ECI, já foi comprovado as violações existentes nos estabelecimentos prisionais.

Apesar disso, é imperioso abordar que esses problemas afetam diretamente a segurança da sociedade, até porque, essa falta de garantia é um fato determinante para a crescente criminalidade e reincidência.

Dito isso, diversos são os dispositivos resguardando os direitos dos presos, inclusive a DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos) que retrata no seu artigo 5º que: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou

¹⁰⁸ SOUZA, Amanda Victória Queiroz De. Ibid., p. 38

¹⁰⁹ SOUZA, Amanda Victória Queiroz De. Ob.cit, p. 39

¹¹⁰ Indicação de ler sobre esse abandono nos depoimentos trazidos pelas detentas no cárcere de Salvador no livro de Emanuela Carvalho. “A terceira pessoa depois de ninguém”. Editora, Paginae. Salvador, 2018.

castigo cruel, desumano ou degradante”¹¹¹, nota-se que quando se trata de presídios, não há como falar que estes estabelecimentos estão de acordo com as garantias previstas.

Portanto, a luz de Mirabete:

Se impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Estão assim protegidos os direitos humanos fundamentais do homem (vida, saúde, integridade corporal e dignidade humana), os mais importantes, porque servem de suporte aos demais, que não existiriam sem aqueles. Em virtude dessa declaração, que tem caráter constitucional, pois que prevista no art. 5º, XLIX, da Carta Magna, estão proibidos os maus-tratos e castigos que, por sua crueldade ou conteúdo desumano, degradante, vexatório e humilhante, atentam contra a dignidade da pessoa, sua vida, sua integridade física e moral. Ainda que seja difícil desligar esses direitos dos demais, pois dada sua natureza eles se encontram compreendidos entre os restantes, é possível admiti-los isoladamente, estabelecendo, como faz a lei, as condições para que não sejam afetados. Em todas as dependências penitenciárias, e em todos os momentos e situações, devem ser satisfeitas as necessidades de higiene e segurança de ordem material, bem como as relativas ao tratamento digno da pessoa humana que é o preso. ¹¹²

Contudo, veja-se o que acontece na prática com o relato de Vania Conselheiro Sequeira, ao visitar um presídio:

A prisão é uma lixeira humana, um lugar de horror, de total invisibilidade, um lugar de aniquilamento do homem, de aprisionamento do ser. Condições desumanas, ou, como me ensinam os presos, um lugar onde não se dorme sossegado, onde ninguém confia em ninguém, nem se garante quem estará vivo amanhã, um lugar fora da lei. Em nome da lei e de um suposto tratamento penal, encontramos homens abandonados, em bandos, excluídos, sem lugar, embora incluídos pela lei. Uma constatação é inevitável: o não-lugar mata o homem em vida. ¹¹³

E isso se dá pelo fato de que há um índice de indivíduos muito maior do que o que as celas comportam, fazendo com que o descaso com a saúde do preso seja deplorável, tornando-se comum a superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade juntamente com a má alimentação, sedentarismo, uso de drogas, falta de higiene, entre outros aspectos precários da prisão. Dito isso, transformam um preso sadio propício ao contágio de doenças e à proliferação de epidemias, fazendo com que o apenado entre nas

¹¹¹ Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em 07 de jun 2021.

¹¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários a Lei nº 7.210, de 11-7-84. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002, p. 116.

¹¹³ SEQUEIRA, Vania Conselheiro. Uma vida que não vale nada: prisão e abandono político-social. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 26, n. 4, p. 660-671, dez. 2006, p.3. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141498932006000400012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso 06 de jun.2021.

celas e saia com sua saúde e resistência física fragilizada, ou pior com uma doença devida as condições existentes dentro dos complexos presidiários.¹¹⁴

Inclusive, em uma reportagem no globo, é retratado um levantamento feito entre 2010-2016 pelo Ministério Público e o instituto e Igarapé sobre as mortes devido a doença que os presos adquiriram na penitenciária, no qual os mesmo se basearam nos dados oficiais da Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP). Veja-se:

Cinco presos morreram por mês, em média, entre 2010 e 2016, no sistema penitenciário do Rio. Dentre as 442 mortes ocorridas nas cadeias, 278 ocorreram por doenças e 17 casos por insuficiência respiratória (mortes que o Ministério Público classifica apenas dessa forma e não como doença). E em 117 casos não se sabe o que causou a morte dos internos.¹¹⁵

Ou seja, num universo de 442 mortes, mais de 50% morreram devido das condições apresentadas nos estabelecimentos prisionais, percentual muito elevado, que ocorre devido ao descaso do Estado e da sociedade para com o apenado. (MARTINS, 2017, p.01)

Assevera Dullius e Hartmann que:

Todos têm o direito de voltar ao seio da sociedade, após terem pagado sua dívida para com a sociedade, mas para tanto é necessária à sua passagem em estabelecimento penal, conduzida pelo Estado, no intuito de regeneração, com segurança a sua vida, pois precisa sair vivo e com saúde, desta casa.¹¹⁶

Portanto, ao adentrar nos estabelecimentos prisionais, a dupla penalização está intrínseca, uma vez que as condições dos presos são desumanas e inevitáveis, já que não há qualquer manutenção nestes estabelecimento a fim de dar um atendimento adequado. E, ainda, o Estado já reconhece que os direitos dos apenados estão sendo violados, vide ADPF 347 do STF.

Portanto, o Estado deve fornecer uma estrutura mínima para saúde do apenado, prevista tanto na constituição como um direito fundamental à saúde, quanto na

¹¹⁴ ASSIS, Rafael Damasceno de. Ibid. loc.cit.

¹¹⁵ BRASIL, Reportagem G1. Cinco presos morrem por mês nos presídios do RJ, diz levantamento; maior parte é por doença, por Por Marco Antônio Martins, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/cinco-presos-morrem-por-mes-nos-presidios-do-rj-diz-levantamento-maior-parte-e-por-doenca.ghtml>. Acesso 06 de jun.2021.

¹¹⁶ DULLIUS, Aladio Anastacio; HARTMANN, Jackson André Müller. Análise do sistema prisional brasileiro. Dissertação, p. 6 Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10878&revista_caderno=3. Acesso em 10 de jan 2021.

LEP no art. 14¹¹⁷, o qual o preso tem que ter assistência à saúde de maneira preventivo e curativo.¹¹⁸

Desse modo, as pessoas foram condenadas a serem presas. E, em certos casos, devem permanecer presas. Mas não foram condenadas a sofrerem violência físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas (...)¹¹⁹

A partir disso, pergunta-se “onde esta a norma?”. A função das normas, é justamente dar segurança jurídica, mas nesse caso, não há deficiência de norma, e sim, a falta de efetividade devido ao abandono da sociedade para com os que porventura cometeram fato típico e isso, origina a falta de segurança jurídica, a qual, tanto se almeja.

Então, à condenação “acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização”.¹²⁰

Quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação.¹²¹

Portanto, o problema está no abandono do sociedade, fazendo ainda com que, a motivação da condenação tenha influência direta do processo penal midiático com respostas para uma fantasiosa segurança pública, em que acredita-se ser melhor o encarceramento em massa, mesmo que haja superlotação, cujo o sentimento é de que é “*melhor eles estarem enjaulados do que inseridos na sociedade cometendo crimes.*”

4 A RELAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO E DA INVISIBILIDADE DA SOCIEDADE SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Nessa perspectiva, cumpre de logo, esclarecer que, a defesa das garantias constitucionais e seu compromisso, é uma imposição dos operadores do direitos, mas não só dele, a sociedade deve cobrar que seja efetivo os direitos, na medida

¹¹⁷ Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

¹¹⁸ BRASIL, LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Ibid.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Ibid. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 72.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581-RS. Ibid.

¹²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011. p. 5. (doc. 7) Disponível também em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso em 03 de fev.2021.

que, da mesma forma que se pede direitos, deve-se observar se há efetivação destes direitos.

Não é novidade que a imprensa tenha o poder de influenciar opiniões, contudo, a influência da mídia, quando se trata de processo penal, muitas vezes são equivocadas, uma vez que deixam de enunciar fatos relevantes, ou até mesmo, dão falsas informações sobre o caso, fazendo com que haja alienação do espectador a um olhar unilateral, até porque o direito de voz do investigado e furtada, o que gera uma cólera punitivista.¹²²

Isto posto, a veiculação de notícias, principalmente as inexatas, forma uma comoção popular que influenciam diretamente na condenação do indivíduo, sendo este estigmatizado antes mesmo de qualquer condenação, já sendo, portanto suprimido de suas garantias, e isso é apenas o começo da violações contidas no processo penal e na execução penal.

Contudo, quando se trata de uma concretização do garantismo penal, logo se nota as incontestáveis influências do processo penal midiático, em que “quanto mais se percebe que no humano o sentimento de insegurança, evoca o crescimento do medo e o conseqüente incremento da intolerância punitiva.”¹²³

É a partir desse movimento da sociedade, que cresce o poder punitivista, com o intuito de uma maior segurança jurídica, apesar de que já fora falado que, este fato, gera o efeito contrário.

Essa sensação de impunidade dos réus e indiciados, transforma-se em uma bola de neve com a supressão de garantias, desde a publicidade até a transformação de ilegalidade dos presídios (estado de coisas inconstitucionais).

A partir disso, pode-se falar sobre o estado de exceção, a qual, surge com uma justificativa para supressão de direitos, e, nada mais claro que admitir essa supressão quando se vê o próprio STF julgando de maneira claro a ADPF 347, admitindo que de fato há violações massivas dos preceitos fundamentais.

Contudo, apesar do STF admitir as violações nos estabelecimentos prisionais, pouco se fez para reverter, e a pergunta que faz é: porque o STF reconhece as supressões, mas nada acontece efetivamente para reverter esse quadro?

¹²² BARBOSA, Deise Araujo. A influência da mídia nos processos judiciais criminais. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará. 2019, p. 4.

¹²³ BIZZOTTO, Alexandre. Ibid., p. 10.

A resposta pode se dar se entender que o país vive um estado de exceção, visto que, consubstanciado por uma ameaça a soberania, o governo usa este mecanismo para a suspensão de alguns direitos, previstos nas leis e na constituição. Portanto no caso do Brasil, leia-se “*consubstanciado por um aumento na criminalidade, o governo – por pressão da sociedade – usa este mecanismo para a suspensão dos direitos do apenado, mesmo sabendo que as garantias estão previstas na Constituição e na LEP, e que o próprio governo já declarou se inconstitucional*”.

Com a inversão ideológica, os postulados do Estado Democrático de Direito são manipulados para permitir, sob a proteção da formalidade do discurso garantista, **a concretização de violações penais e aos direitos fundamentais sob a influência de conceitos gerados pela ideologia da defesa social.**¹²⁴

4.1 O PROCESSO PENAL MUDIÁTICO CONSUBSTANCIADO PELA NECESSIDADE DE PUNIR COATIVAMENTE OS CONDENADOS E INDICIADOS

O *ius puniendi*¹²⁵ surge como forma do estado punir o autor do delito, contudo, essa sanção deve ser imposta após um processo penal regular, dando direito ao autor de se fazer representar com o devido processo legal, a fim de que se assegure que a lei sera cumprida de forma efetiva no caso concreto.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹²⁶

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹²⁷

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do processo penal, e há de ser, até para dar sentido e embasamento nas investigações criminais, uma vez que é uma garantia individual e fundamental que os acusados e indiciados sejam tratados como inocentes, até que se prove o contrário. Neste prima, há limitação da atuação do poder estatal.

De um lado, o operador do direito depara-se com o comando constitucional que determina ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação

¹²⁴ BIZZOTTO, Alexandre. Op. cit, loc. cit.

¹²⁵ Expressão latina que retrata o direito de punir.

¹²⁶ Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos". Art. 11. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 04 de fev.2021.

¹²⁷ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 5º LVII.

da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio por meio dos órgãos policiais (CF, art. 144); de outro lado, do Texto Constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial.¹²⁸

Para tanto, cumpre ressaltar que há um grande problema quando se trata do devido processo legal a começar com o apelo midiático e pressão da sociedade em busca de uma segurança pública sendo que “esta ingerência da mídia em manipular informações ao público, pode causar um certo embaraço ao trâmite do processo pela forte influência por ela exercida”.¹²⁹

Inclusive, em muitos casos a opinião chega a usurpar o trâmite legal, uma vez que, antes mesmo da condenação, um indivíduo pode ser excluído e condenado aos olhos da sociedade, a qual, faz um juiz de valor baseado não no processo e sim, nas notícias vinculadas, que podem ser falsas, as famosas fake news¹³⁰.

Não se pode olvidar que a presença da mídia é importante em vários aspectos da sociedade, se tornando inclusive, para alguns, reconhecida como um 4º poder¹³¹, contudo, a presença desta cumulada com o sensacionalismo, pode gerar grandes danos, principalmente se tratando do processo penal.

A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. (...)

Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional.¹³²

¹²⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.257.

¹²⁹ FERNANDES, Maria Rayane de Oliveira. A influência da mídia nos casos de grande comoção social e no processo penal, 2016, p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50786/a-influencia-da-midia-nos-casos-de-grande-comocao-social-e-no-processo-penal>. Acesso em 07 de jun.2021.

¹³⁰ Termo utilizado para retratar as notícias falsas e/ou boatos vinculadas através dos meios de comunicação.

¹³¹ “A ideia de mídia como o “quarto poder” surgiu na Inglaterra no início do século XX, quando, na sede no parlamento inglês, criou-se uma galeria para receber os repórteres que acompanhariam as decisões dos representantes dos três poderes da época, o poder temporal, o poder espiritual e o poder dos comuns. Assim, a presença das pessoas que dariam publicidade àquelas decisões passou a ser conhecida como “quarto poder” - BRITO, Auriney Uchôa. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 4. Disponível http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2517.pdf.

¹³² GEBRIM, Gianandrea De Britto. O poder da mídia e sua influência no direito penal e processual penal, 2017, p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60554/o-poder-da-midia-e-sua-influencia-no-direito-penal-e-processual-penal>. Acesso em 07 de jun.2021.

Assim, cumpre ressaltar que um dos casos famosos deste sensacionalismo foi o caso da Escola Base em São Paulo¹³³, a qual a mídia fez uma surperprodução em fatos – não comprovados – que fizeram com que os funcionários e donos da escola fossem acusados de abuso sexual e pedofilia, e estes sofrem danos que se estendem até os dias atuais.

Veja-se o poder que a mídia tem:

Figura 03 – Jornalismo sensacionalista contra a Escola Base.



Fonte: Canal de Ciências Criminais.

Essa condenação que a mídia fez contra os funcionários da escola, eram fundadas apenas em depoimento das mães os acusavam. Contudo, ao final da investigação, restou demonstrado que os funcionários não tinham culpa, mas já estava tarde, pois a escola foi depredada, os donos estavam falidos, a depressão tomou conta de alguns, separação de casais envolvidos e por fim, dificuldade de encontrar emprego, mesmo depois da investigação ter comprovado a inocência dos envolvidos.

Um exemplo claro de erro judiciário devido a mídia é o caso americano abordado na série “olhos que condenam”¹³⁴, que retrata um caso real do julgamento de cinco meninos acusados de estuprar uma menina no Central Park, no qual, devido ao apelo midiático, condenou os jovens, mesmo quando constatado que o DNA da menina não era compatível com nenhum dos garotos. Inclusive, um dos jornais de grande circulação, o *Washington Post*, publicou em um dos seus jornais uma fala extremamente condenatória, que dizia: “How does a civilized, self-confident people deal with enemies who gang-rape their women? Armies

¹³³ Caso nacionalmente conhecido, sendo um erro midiático, em que seu apelo teve respaldos diretos da vida de um grupo de funcionários que foram acusados pelas mães das crianças que estudavam na escola de pedofilia e abuso sexual.

¹³⁴ Série que retrata o julgamento de 5 jovens entre 14 e 16 anos acusados de agredir e estuprar uma executiva branca de 28 anos.

stand them up against a wall and shoot them; or we hang them”¹³⁵. Nesse caso americano, há que se retratar, além da influência midiática, o fato dos garotos serem negros, sendo clara a seletividade penal principalmente quando retratada no racismo. Assim, tal fato é relacionado da mesma forma como acontece no Brasil, tanto pela mídia quanto pelo racismo embutido.

O que mais entristece nessas notícias é ver o tamanho da influência da mídia, a qual pode destruir vidas. Ainda, o fato é, o direito Penal e a mídia andam lado a lado, possuindo uma relação próxima.

Não obstante, o reiterado juízos de valores da apelo midiático potencializa o medo e a insegurança, na medida que as diversas notícias de crime criam uma percepção errada, uma falsa realidade, que que a sociedade esta assolada pela delinquência a todo momento e que os números só crescem, já que para eles há uma punição branda.¹³⁶

Trata-se de verdadeiro processo penal midiático que não corresponde ao procedimento já balizado pela legislação infraconstitucional e que não atende aos ditames previstos pela Constituição Federal, mas que sim, submete o investigado à tratamento tão invasivo, seja em sua intimidade, seja em sua privacidade que, dificilmente conseguirá ser revertido, ainda que haja sentença penal absolutória.¹³⁷

Assim, a revolta e pressão da sociedade não deveria ser relevante para decidir a vida de um indivíduo, contudo, na prática, o que se nota, é o oposto. A comoção popular e a pressão da sociedade surgem como uma fonte do punitivismo em massa, na medida que o Judiciário tenta, dar uma suposta segurança pública à sociedade quando condena ou prende provisoriamente um indivíduo, ora autor ora indiciado.

O juiz, tentando acalmar a sede de justiça por parte da sociedade, opta por uma dosimetria pesada, o máximo previsto da pena para o então condenado, que, além de ter de pagar a mais do que realmente deveria, ou do que normalmente se aplica para casos idênticos ao dele, só sem estar sob a luz dos holofotes, terá, ao sair da prisão, que enfrentar a discriminação da sociedade que viu seu rosto em revistas

¹³⁵ Como um povo civilizado e autoconfiante lida com inimigos que estupram suas mulheres em gangues? Exércitos os colocam contra a parede e atiram neles; ou nós os enforcamos” (Tradução nossa). Cf.: Revisiting the Central Park Five case in the #MeToo era”. Disponível em: <https://www.wsws.org/en/articles/2019/06/08/pers-j08.html>.

¹³⁶ ALMEIDA, Judson Pereira de. Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. Vitória da Conquista-BA: 2007, p. 33. Monografia Científica em Direito na FAINOR-Faculdade Independente do Nordeste.

¹³⁷ POLL, Roberta Eggert; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. Devido processo penal midiático: análise da opinião pública frente à punição. Prisma Jur., São Paulo, v. 17, n. 1, p. 39-57, 2018, p. 43-44.

e telejornais, não se cogitando sequer alguma probabilidade de ressocialização.¹³⁸

Portanto, como forma de contensão de crimes, a sociedade clama por um direito penal que garanta uma suposta segurança, pedindo que cada vez mais o estado interceda, ou seja, fazendo com que a intervenção do estatal aumente cada vez mais, com o intuito de retirar determinados indivíduos do convívio social.¹³⁹

Dito isto, o fato do processo midiático ter todo este poder é só o começo dos diversos direitos que são suprimidos aos presos.

A resposta judicial para toda a pressão e apelo midiático é enjaular cada vez mais os indivíduos condenados e indiciados, tratando-os como animais que precisam ser contidos, isso, em nome da suposta segurança pública.

Até porque, independente dos pequenos movimentos em prol da dignidade da pessoa humana, e da dignidade do preso, o que se nota é o alegramento do população – motivada pela mídia – com o tratamento degradante e indigno do preso, que acreditam ser uma consequência natural áquele que atingiu de alguma forma bens importantes e necessários para a sociedade.¹⁴⁰

Figura 04 – Colapso da superlotação



Fonte: Jornal de Brasília - NEF

Fazendo uma analogia, imagine colocar em um quarto, trancado, sem ventilação, diversos cachorros de várias raças e tamanhos diferentes, com um único espaço para eles fazerem suas necessidades. Neste espaço, vai ter

¹³⁸ GEBRIM, Gianandrea De Britto. Ibid., p.1.

¹³⁹ PRADO, Rodrigo Murad do. Fundamentos do direito penal mínimo: uma abordagem criminológica. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 136.

¹⁴⁰ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas. 5ªed. rev., ampl. e atual. Niteroi, RJ: Impetus, 2020, p. 74.

aqueles cachorros que querem dominar, aqueles filhotes que não quer ser violentado e por isso farão o que o dominador quiser, até coisas erradas, e por fim, aqueles que só estão ali pra brigar e roubar comida. E, para piorar, o espaço só tem capacidade para 8 cachorros, mas os indivíduos que abandonam os cachorros que não querem colocam lá sem se preocupar com a capacidade, ficando 21 cachorros. Como será que eles vão reagir? Vão ficar mais estressados e nervosos, provavelmente. Agora, imagine isso multiplicado por outras violações e acontecendo com os seres humanos. Pois, essa é a realidade do cárcere brasileiro.

E, assim se origina as demasiadas supressões de direitos fundamentais. O preso, não perde o direito apenas a liberdade, mas também à todas as garantias inerentes a dignidade da pessoa humana. E, porque será que os índices de violência só aumentam? Porque será que o Brasil não desce de posição do ranking de maior população carcerária do mundo?. Essas respostas são fáceis, porque é só pensar em como que vai haver transformação quando as celas tem o dobro ou até mesmo o triplo de sua capacidade, quando os presos são obrigados a ficar em suas celas de 17:00 até 7:00 da manhã do dia seguinte sem luz do sol, quando eles são obrigados a dormir no chão se necessário e conviver com ratos e baratas, e ainda, quando eles ficam a mercê de qualquer violência física e doença na própria cela.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e está (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹⁴¹

Não se pode olvidar a falência da prisão, uma vez que os que estão a margem da sociedade, sendo rejeitados pela sociedade e com pouca assistência, são engolidos pelo cárcere, fazendo-os “desacreditar da sua própria dignidade humana”.¹⁴²

¹⁴¹ SARLET. Ingo Wolfgang. Ibid., p.59.

¹⁴² SOARES, Renata Araújo. O estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte. 1 ed. Curitiba: Brazil publishing, 2021, p. 57.

O principal motivo dessa falência da prisão é ensejada por acontecimentos que dão fomento para o enjaulamento de massa e a partir disso a superlotação, tanto é que o Brasil é um dos primeiros quando se trata de superlotação carcerária mundial, e este fato, enseja as condições desumanas vista nos estabelecimentos prisionais, sendo que “a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão”.¹⁴³

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.¹⁴⁴

O que deveria ser um instituto que tenha uma função ressocializadora, torna-se um jogo de loteria, a qual, é uma aposta sobre os que vão sair dignos, e sem quaisquer doença e/ou integridade intacta.

Ainda, é estabelecido que todos – após o cumprimento da pena – tem direito a voltar à sociedade, “mas, para tanto, é necessária à sua passagem em estabelecimento penal, conduzida pelo Estado, no intuito de regeneração, com segurança a sua vida, pois precisa sair vivo e com saúde, desta casa.”¹⁴⁵

Neste espaço, ao encarar um estudo sobre o sistema carcerário brasileiro, entende que o encarcerado é reduzido a uma vida nua, que Agambem trata como Homo Sacer.¹⁴⁶

E, é nesse palco de espetáculo que a mídia tanto almeja, sendo a mídia e o poder institucional querendo “dar um rosto” ao dito inimigo, que gera o populismo punitivista cada vez mais intenso, onde, qualquer um que fale sobre a violência contra o condenado e indiciado é aplaudido de pé, assim “perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão”¹⁴⁷.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 135.

¹⁴⁴ ASSIS, Rafael Damasceno de. Ibid. P.5.

¹⁴⁵ DULLIUS, Aladio Anastacio; HARTMANN, Jackson André Müller. Ibid., p. 6.

¹⁴⁶ MARTINS, Jília Diane. A condição do encarcerado no sistema prisional: biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017, p. 38.

¹⁴⁷ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à criminologia brasileira. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2012.p.101.

Assim, a condição do encarcerado reflete a prática do estado de exceção, na medida que o poder do estado toma para si a vida do indivíduo, escolhendo a supressão dos direitos, fazendo-o viver ou ser deixado para morrer.¹⁴⁸

4.2 UM RETRATO HISTÓRICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

O estado de exceção apareceu primeiro por meio de Carl Schmitt que abordava sobre a figura do soberano, contudo, não adentrou em mais teorias sobre o instituto. E, Giorgio Agamben tem como referência Schmitt, e trata do estado de exceção como “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”¹⁴⁹

Ademais, governos usam o instituto do estado de exceção para cometer ilicitudes sem serem punidos, ou seja, de forma velada.

Com histórico, o estado de exceção tem como principal retrato o período da Alemanha Nazista, em que Hitler sustentou os ataques aos judeus após a decretação do estado de exceção.

Inclusive, em alguns momentos históricos pode-se ter a presença marcante do estado de exceção no Brasil, perpassando pela ditadura de Floriano Peixoto, o golpe do estado novo, e as intervenções de 1964 e de 1968.¹⁵⁰

Para tanto, urge abordar sobre a época que o Brasil ficou conhecido por também suprimir os direitos dos indivíduos, através de vários atos institucionais, sendo à época permitido tais violações. Essa época pode ser entendida como a ditadura militar, em que houve flagrante violações de direitos, principalmente aos que estavam privados de liberdade.

A ditadura apresentava tais característica justificando a Segurança Nacional, respaldado na justificativa da defesas do Estado e da ordem social, em que o uso da força – sem quaisquer medida – era válido para a preservação da ordem pública e social.¹⁵¹

Passado esse período que ficou marcado na historia do Brasil, o país deixou de delinear o paradgima da Segurança Nacional de forma discricionária e deu a

¹⁴⁸ MARTINS, Jília Diane. *Ibid.*, p. 128.

¹⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2ª ed. Editora Boitempo, 2004, p. 12.

¹⁵⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Estado de Exceção e anormalidade constitucional no contexto da CF*. 2020.

¹⁵¹ FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, Ano 3, Edição 5, Ago/Set, 2009, p. 103. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/54/52>. Acesso em 8 de jun. 2021.

luz a Segurança Pública, que foi originada a partir da redemocratização do país e baseada nas garantias fundamentais.

Veja-se um quadro sistemático sobre esses dois paradigmas da segurança, marcados por momentos distintos, mas não tão longes.

Figura 05 – Segurança Nacional

Quadro 1 Segurança Nacional	
Dimensão de análise	Descrição
1. Objetivo	Proteção dos interesses nacionais, associados às preferências dos detentores do poder.
2. Contexto histórico	Ditadura militar.
3. Conceito de violência	Ameaça aos interesses nacionais, soberania e ordem pública. Atos contra o Estado e elite no poder.
4. Papel do Estado	Eliminação de qualquer ameaça aos interesses nacionais, podendo ser adotados quaisquer meios para o alcance desse objetivo. Foco na atuação das Forças Armadas.
5. Papel dos indivíduos	Submissão plena aos interesses nacionais, definidos pela elite no poder. Indivíduos não participam das decisões. Direitos cassados.
6. Estratégia de política pública	Serviço de informações e inteligência para identificação de ações potencialmente ameaçadoras à ordem e interesses nacionais. Criação de instituições de repressão a qualquer ato percebido como subversivo.

Fonte: Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 3, Edição 5, Ago/Set, 2009, p. 108

Figura 06 – Segurança Pública

Quadro 2 Segurança Pública	
Dimensão de análise	Descrição
1. Objetivo	Preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.
2. Contexto histórico	Redemocratização do país, elaboração da nova Constituição, fortalecimento da cidadania, movimento de descentralização e fortalecimento das competências de estados e municípios.
3. Conceito de violência	Ameaça à integridade das pessoas e do patrimônio.
4. Papel do Estado	Controle e prevenção da violência. No entanto, maior foco é dado às estratégias de repressão à violência. Papel preponderante das instituições policiais na implementação da política de segurança.
5. Papel dos indivíduos	Direito ao voto é restabelecido. O texto constitucional menciona que a segurança é papel de todos. No entanto, na prática, os indivíduos possuem pouca participação na política. Indivíduos como beneficiários das políticas de segurança.
6. Estratégia de política pública	Foco na atuação policial, principalmente em estratégias de controle da violência. Papel central dos estados na implementação das políticas de segurança, com o estabelecimento de diretrizes principais pela Secretaria Nacional de Segurança Pública. Sistema Único de Segurança Pública: estratégia de articulação entre os estados e integração de informações e ações.

Fonte: Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 3, Edição 5, Ago/Set, 2009, p. 109

Apesar da estrutura de segurança ter vindo consumado pelo objetivo de controle e prevenção a violência, o sistema carcerário brasileiro diz outra coisa.

No campo Direito Penal material, defende-se a ampliação da criminalização de condutas potencialmente perigosas e não factos e a criminalização incide sobre o autor e não sobre o *factum criminis* [...] No campo do Direito Penitenciário, a avaliação jurídica do autor/condenado é realizada dentro de parâmetros da periculosidade que a —não pessoa representa e, nesta linha, os limites da punibilidade são aniquilados a favor da segurança comunitária [...] No plano do Direito processual penal, assiste-se a uma ampliação da privação da liberdade sem condenação jurídico-criminal sobre a égide da perigosidade que a autor representa.¹⁵²

Nessa égide, cada vez mais o Estado usa a privação de liberdade, sabendo que já foi declarado que o sistema penitenciário viola massivamente os direitos dos presos, em favor da suposta segurança pública.

Sendo que, deve-se lembrar que o sistema penal tem uma função, que não está sendo atingida, pelo contrário, está colapsando o próprio sistema. Lembrando que, aqui não se retira a possibilidade de sanção, ou até mesmo a privação de algum direito para que a pena tenha uma função, contudo, deve-se levar em conta a *prima facie*, em que, mesmo que tenha algum direito suspenso, o indivíduo não anula sua condição de pessoa, e nem perde sua personalidade.

153

Na expressão de Zaffaroni, significa dizer que a principal característica dessas leis é a frontalidade (assim como o era no Estado Nazista, acredita-se ser nos dias de hoje), isto porque, através da —frontalidade das leis, os juristas dos regimes totalitários e genocidas, pretendiam conceder à sociedade a necessária segurança e esta, por sua vez, ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, que clama pela vingança pura e simples.¹⁵⁴

Assim nasce um retrocesso, uma possibilidade de volta à um Estado de Exceção, o qual cabe ao Poder punitivista, aos poderes da Administração pública decidir quem merece ou não viver, isso porque, ao adentrar no estabelecimento prisional, as chances de morrer são altas, e, até mesmo depois que cumpre a pena, é muito difícil para que o indivíduo se reacomode na vida em sociedade, voltando, muitas vezes a reincidir.

Mas, a pergunta é: *quem deu esse poder de decidir entre a vida e a morte ao judiciário, executivo e/ou legislativo?*

¹⁵² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso. 1ª Ed. Lisboa: Almedina, 2010. P.93-94.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo no Direito Penal. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.18.

¹⁵⁴ RESENDE, Glícia Paula. Ibid., p. 87.

Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles possam derivar - e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica.¹⁵⁵

Nunca é demais lembrar que o Brasil passou por uma redemocratização depois de viver em um período de Estado de Exceção, o qual foi marcada por violações recorrentes aos direitos em nome de uma ordem jurídica, o que não é muito diferente dos dias atuais quando se trata de sistema carcerário.

Cumpra, antes de mais nada, abordar que, o que se entende por perturbação a ordem jurídica, hoje, é o fato de alguém cometendo crimes.

4.2.1 O Estado de Exceção como instituto de supressão das garantias fundamentais.

Dando prosseguimento sobre o cabimento do Estado de Exceção, tal instituto é sustentando, pois tem como característica marcante a pretensão de normalidade, na medida em que o soberano usa deste meio para respaldar suas atitudes baseando-se na tortura, supressão de direitos e assassinatos.¹⁵⁶

O Estado de Exceção pode ser destacado por vários filósofos e doutrinadores, contudo, o presente trabalho adotará a sistemática trazida por Giorgio Agamben, o qual vai retratar de forma maior perspicaz a modernidade do Estado de Exceção.

Para Agamben, o Estado de Exceção não decorre do absolutismo¹⁵⁷, e sim, de um paradigma do governo dominante na política contemporânea¹⁵⁸.

O modelo que ele apresenta para explicar o Estado de Exceção, é o *iustitium*, o qual implica a suspensão de alguns direitos diante de situações de exceção, e isso origina um vazio jurídico, onde os direitos são colocados de lado.¹⁵⁹

¹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. As Origens Ideológicas do Direito Penal Do Inimigo. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 83. p. 93. Mar / 2010.p.101.

¹⁵⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Ibid. loc. cit.

¹⁵⁷ Agamben apresenta que o estado de exceção é um patamar de indeterminação das democracia e absolutismo.

¹⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. Ibid., p. 11.

¹⁵⁹ MARTINS, Jilia Diane. Ibid., p. 25.

O autor apresenta, apresentando este instituto como uma forma de revolução, o qual há uma zona incerta, onde os procedimentos de fato, que em si são antijurídicos se transformam em direito, sendo uma medida “ilegal”, mas jurídica.¹⁶⁰

Como, no caso do sistema penitenciário, a zona incerta é o próprio julgamento, e a medida que tem o trâmite legal, o indivíduo não tem segurança do que irá acontecer com ele, e, sendo condenado a privativa de liberdade, a condenação é legal, mas os presídios não.

O direito penal, em face de tais agentes, passa a **assumir um caráter de vingança**, desvirtuando da sua finalidade precípua e retrocedendo ao período em que vigorava a teoria retribucionista da pena. A esse respeito, interessante transcrever o relato de Ronald Dworkin sobre a situação kafkiana dos prisioneiros de Guantánamo: "Os prisioneiros de Guantánamo também estão sendo mantidos presos indefinida e sigilosamente, sem acesso a advogados, em circunstâncias que seriam intoleráveis mesmo se fossem criminosos condenados. Mas não foram acusados de crimes nem tiveram o benefício da orientação ou dos processos jurídicos. Se forem prisioneiros de guerra, devem ser tratados como tal; se forem suspeitos de crimes, assim o devem ser tratados. **O governo deve escolher, mais uma vez, não porque dele se exige que o faça segundo os tratados, mas porque não fazê-lo significa tratar as vidas dos detentos com desdém inaceitável.**" A partir do momento em que **permitirmos ao Estado a supressão de direitos e garantias inalienáveis, estaremos abrindo precedente para que qualquer tipo de abuso seja praticado sob o argumento de proteção dos cidadãos.** Estaremos permitindo o início do **retrocesso de anos de luta árdua para o reconhecimento de tais garantias.**¹⁶¹(grifos nossos)

Neste cenário, o sistema brasileiro tem criado modelos de inimigos sociais, fundando na prática de uma maior segurança pública, em que apresentam esses inimigos como um potencialidade lesiva à ordem jurídica e social, esquecendo que para fins de um estado democrático de direito, as garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico são indissociáveis, e apesar de todo esse aparato previsto, na prática, o sistema carcerário é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito¹⁶².

Tudo isto explica o fato de que a política, agora dominada pela exceção, tenha se transfigurado no binômio amigo/inimigo de que nos fala Carl Schmitt. A fim de que preservar o estado de coisa viventes, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total,

¹⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 44.

¹⁶¹ CALLEGARI, André Luís. Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais. In: Revista dos Tribunais. vol. 862. p. 429-44 Ago.2007. p.429

¹⁶² RESENDE, Glícia Paula. Ibid., p. 107.

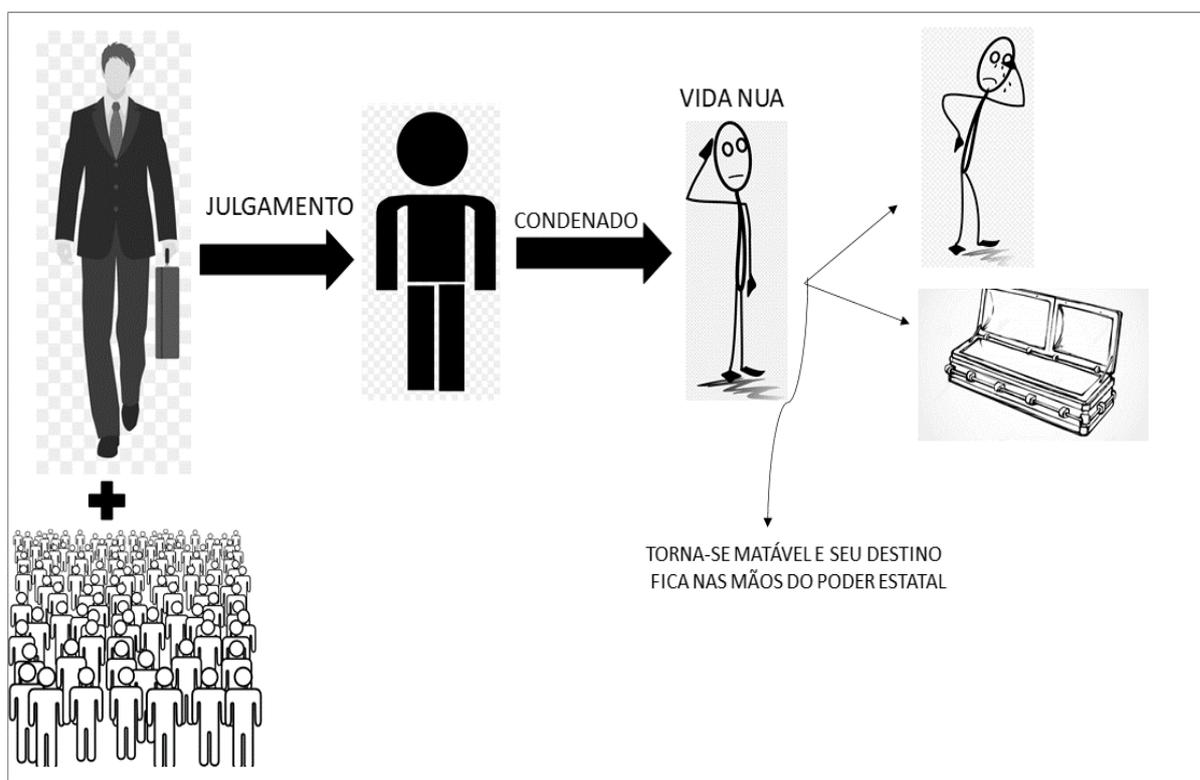
irreal. Em síntese, o mercado define os inimigos e o Estado os combate.

Desnecessário dizer que, neste contexto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado. A persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo pelo direito de defesa.¹⁶³

Ademais, Agambem pega emprestado a figura do *Homo Sacer* do direito romana para o “direito de matar”¹⁶⁴, em que em *Homo Sacer*, era “aquele indivíduo que, após cometer um crime hediondo, à época, perdia os seus direitos de cidadão, e tinha sua sorte entregue aos deuses; tonava-se matável”¹⁶⁵.

Trazendo o conceito para a realidade atual, o indivíduo que comete crime, perde seus direitos de cidadão, tornando-se matável, já que o seu destino encontrasse nas mãos do judiciário.

Figura 07 – Ilustração do Homo Sacer relacionado ao Sistema penitenciário brasileiro.



Fonte: Paloma de Lucca Lessa Carvalho.

Assim, a figura abaixo relaciona o que acontece quando esta diante do conceito *Homo Sacer*, em que o indivíduo fica nu diante da situação do sistema carcerário,

¹⁶³ VALIM, Rafael Ramires Araújo. Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo. 1.ed. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 35-36.

¹⁶⁴ Cf. MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. São Paulo: n-1 edições, 2018a.

¹⁶⁵ MARTINS, Jília Diane. Ibid., p. 38.

sendo que qualquer que seja o seu destino, o direitos não serão garantidos, e pior ainda, um desses, é justamente a morte.

Observemos agora a vida do homo sacer, ou aquelas, em muitos aspectos similares, do bandido, do *Friedlos*, do *acquale et igni interdictus*. Ele foi excluído da comunidade religiosa e de toda vida política: não pode participar dos ritos de sua gens, nem (se foi declarado *infamis et intestabilis*) cumprir qualquer ato jurídico válido. Além disto, visto que qualquer um pode matá-lo sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua, despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpétua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro.¹⁶⁶

A realidade brasileira é que a prisão é uma apropriação da vida da pessoa, ela é raptada e enjaulada como um animal, bem como colocada em um cela sem lei. E, pior, isso tudo em nome de uma lei que não resguarda qualquer semelhança com o Estado democrático de direito, e “apesar do discurso ideológico da Lei de Execuções Penais, estamos sob uma lógica penal vingativa, com o objetivo de destruir esse outro à margem da sociedade; portanto, o que predomina é o caráter ilegal da prisão.”¹⁶⁷

O estado de exceção da vida nua é o fundamento oculto sobre o qual repousa o ordenamento político. A vida nua torna-se sujeito e objeto do ordenamento político e de seus conflitos e ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da sua emancipação.¹⁶⁸

Nesse ínterim, analisando as violências do poder estatal, parece que o Estado, mesmo na contemporaneidade tomam como o exemplo o período nazista, que codimenta a subjugação de determinados cidadãos, estereotipados.¹⁶⁹

A partir disso, ao analisar o estudo do sistema penitenciário brasileiro, e suas violações, entende-se que o preso é submetido a exceção.

Ainda, estes fatos englobam todos os poderes, quais sejam: legislativo devido a sua omissão com o problema carcerário, o executivo devido a sua inércia em implementar políticas públicas e dignidade dos estabelecimentos e por fim, o judiciário que se furta da responsabilidade de enfrentar que a função da pena não é cumprida.¹⁷⁰

¹⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer - o Poder Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995-2002, p. 189.

¹⁶⁷ SEQUEIRA, Vania Conselheiro. *Ibid.* loc.cit.

¹⁶⁸ SEQUEIRA, Vania Conselheiro. *Ibid.* loc.cit.

¹⁶⁹ NAZARÉ, Fernando Campos. A política da morte: uma análise sobre a subjugação do direito a vida pelo poder estatal, sob o aporte teórico de Achille Mbembe. *Rev. Fil. Tem.*, Belém, v. 4, n. 2, p. 19-26, jul./dec. 2019 – ISSN: 2525-4154, p. 7.

¹⁷⁰ REIS JÚNIOR, José Carvalho dos. Estado de exceção no direito penal e processual penal brasileiro. *Rio de Janeiro: Lumen Juris*, 2020, p. 107.

4.3 A APLICAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO COM BASE NA INEFICÁCIA DAS GARANTIAS NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS OS QUAIS JÁ FORAM DECLADOS ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Hoje, o fim da pena é usada mais como uma “repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso que, pelo seu comportamento, desestabilizou as expectativas normativas divididas pelos cidadãos”¹⁷¹.

Situações como essa, associada a várias outras rebeliões com mortes, são comuns no Brasil, e ainda se proclama que não há pena de morte em nosso sistema legislativo. Pois bem. Há pena de morte na prática, sem julgamento, sem qualquer garantia. 102 presos em Manaus e Boa Vista foram executados. O estado encarregou-se de preservá-los e nada o fez. Há também, que se ponderar a vedação as penas cruéis, prevista no art. 5º da Constituição Federal, mas essa garantia é uma formalidade. Basta uma visita a um presídio superlotado para se ter a certeza da desumanidade reinante nos presídios brasileiros. Neste cenário, não se deve debater, o que fez ou deixou de fazer determinado condenado, seja o que morreu ou o que matou. Trata-se de uma incumbência assumida pelo Estado – uma autêntico compromisso – de tutelar a vida de um preso por alguns anos. E tutela significa proteger essa pessoa de agressões que forem além da própria privação de liberdade. No entanto, muitos políticos, ocupando cargos de segurança pública, terminam justificando as mortes de 102 presos, dizendo que, afinal, eram criminosos perigosos. E daí? Modificou-se a CF a respeito? Sentenciados perigosos podem ser simplesmente chacinados?¹⁷²

A incumbência do estado de preservar a vida é uma garantia que ele não pode cumprir, então porque continuar a encarcerar em massa, de que adianta? Apenas para ter o controle sobre a vida do próprio detento, pois o próprio Judiciário já reconhece todas essas violações, fazendo, inclusive, uma analogia dos presídios com as masmorras medievais¹⁷³.

Como ainda há como piorar, desde o julgamento da ADPF 347, teve pelo menos três rebeliões, sendo uma delas a rebelião no complexo Penitenciário Anísio Jobim – em Manaus de 2017 – com 56 mortos, deixando claro que a dignidade não está presente nos presídios brasileiros, local que a vigência é o Estado de Exceção, sendo não declarado, por se tratar de uma postura institucional e respaldo da população que legitima essa supressão de direitos aos presos.¹⁷⁴

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 58. p. 329. Jan / 2006.p.331.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. A rebelião dos zumbis. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/rebeliao-dos-zumbis/>. Acesso em 08 de jan. 2021.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Ibid. Relatório do Ministro Marco Aurélio, p. 10.

¹⁷⁴ REIS JÚNIOR, José Carvalho dos. Ibid., p. 115.

Assim, pode-se falar que, visto isso, o estado de exceção está ocorrendo no Brasil, mas de maneira não declarada. Inclusive, Felipe Paiva – pesquisador – em entrevista para Rodrigo Farhat, na publicação *Diplomatiqué Brasil*, do jornal francês *Le Monde*, afirma que:

É possível falar também que estamos em um estado de exceção no sentido histórico. Afinal de contas, a maior parte da população (do negro pobre favelado ao caboclo sertanejo) não goza de seus plenos direitos, ou, pior, são inimigos do Estado, que sistematicamente os extermina, os deixa morrer ou os encarcera.¹⁷⁵

Deste modo, mostra de forma bastante clara como “o estado de exceção e a relação de inimizade tornaram-se a base normativa do direito de matar”, e como o poder “apela à exceção, à emergência e a uma noção ficcional do inimigo” para justificar o extermínio de outrem.¹⁷⁶

Há uma conexão entre a estrutura da soberania, que tem o poder de suspender a lei, no estado de exceção, trazendo para dentro, a mera vida nua e a vida sacra através da sua dupla exclusão. Para ele (Agamben), o soberano é o espaço onde se pode matar sem que se cometa homicídio e sem mesmo celebrar um sacrifício. Neste espaço pode ser identificado o cárcere. O encarcerado não pode ser morto, uma vez que tem a sua vida juridicamente protegida. Porém, a situação prisional, com a falta de condições mínimas de existência, evidencia a matabilidade do encarcerado. Não se pode exigir seu sacrifício, contudo, a sua sorte não interessa aos homens e ao poder soberano.¹⁷⁷

Nessa perspectiva, a condição de encarcerado no sistema prisional no Brasil resta claro que o mesmo vive em um Estado de Exceção, e o simples fato da ADPF 347 ter reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional já é uma declaração do Estado de Exceção implicitamente, até porque, as características principais que norteiam, tanto o Estado de Exceção quanto o Estado de coisas Inconstitucional estão presentes no sistema penitenciário brasileiro.

Conclusão

Assim, não é de difícil observação que a teoria do Garantismo Penal é vista hoje, pela sociedade como uma forma de impunidade em relação aos presos. Isso se dá muitas vezes pela falta de informações acerca desta teoria.

¹⁷⁵ PAIVA, Felipe. Entrevista realizada por Rodrigo Farhat, na publicação *Diplomatiqué Brasil*, do jornal francês *Le Monde*. 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-estado-de-excecao-e-regra-geral/>. Acesso em 08 de jan. 2021.

¹⁷⁶ MBEMBE, Achille. Biopoder soberania estado de exceção política da morte. *Revista do ppgav/eba/ufrrj*, n. 32, dez. 2016, p. 128. Disponível em: <https://www.procomum.org/wp-content/uploads/2019/04/necropolitica.pdf>. Acesso em 23 de jun. 2021.

¹⁷⁷ MARTINS, Jília Diane. *Ibid.*, p. 39.

Ferrajoli propõe esta teoria como resposta a um período de uma completa supressão de direitos, onde a dignidade da pessoa humana e todos os direitos inerentes a este princípio foram deixados de lado em prol de uma suposta ordem jurídica que não se comunicava com o Estado Democrático de Direito.

Inclusive, Ferrajoli trouxe axiomas que hoje foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro como princípios penais e processuais penais.

A partir disso, no Brasil, o garantismo surge alicerçado ao iluminismo, que tinha como fins a humanização da pena.

Sendo assim, a pena tem que ter uma finalidade, uma vez que já foi deixado claro que as penas arbitrárias sem um objetivo claro de reinserir o indivíduo, que porventura atingiram bens jurídicos importante para o Estado, só servem para que o Estado ganhe mais poder, haja cada vez mais discricionariamente e assim, se afaste do que se entende por democracia.

Diante deste cenário, o processo de redemocratização brasileira foi extremamente importante para que o Brasil passasse a ser um país coberto de garantias fundamentais à todos os cidadãos.

Desde então, as garantias só crescem no ordenamento jurídico. Contudo, passado mais de 30 anos da Magna Carta de 1988, que teve como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, restou positividade diversas garantias, o que se nota é a ineficácia destas, em prol de um afastamento do garantismo penal e aproximação do punitivismo.

Não se pode olvidar que um dos grandes culpados disto é a própria sociedade na medida que criou um sentimento de segurança pública na qual pensam que só pode ser resolvida se encarcerar todos os que atingem um bem, independente da análise do processo.

A partir disso, o indivíduo não tem nem chance de se defender, porque quando ele menos espera sua imagem já está estampada em todas as mídias televisivas, jornalísticas, entre outros portais de comunicação.

Esse processo penal midiático gera danos irreparáveis para todos os envolvidos, inclusive a própria sociedade.

Existe, assim, a falência da função da pena, que deixou de ter como objetivo a reinserção do indivíduo em sociedade, para transformar-se em um ciclo que gera a reincidência.

Se o que se quer é uma maior segurança, na verdade, o que acontece é o oposto disto, a partir do momento que a sociedade julga o indiciado ou réu sem ter acesso a quaisquer informação processual ou entendimento sobre o direito penal e processo penal, e ainda, torna-o invisível aos olhos da comunidade, assim, estes tem uma maior chance de cometer atos ilícitos e devido a isso, diminuir a segurança pública que tanto se almeja. Dito isso, isso vira um ciclo vicioso do indivíduo que atingiu algum bem jurídico.

Analisando os dados do Sistema prisional, este ciclo é de fácil constatação, uma vez que o encarceramento cada vez maior gera uma superlotação, pois não há estrutura no Brasil para o encarceramento em massa. Tanto é que o Brasil está entre os países que mais aprisionam no mundo, ocupando a posição 26º (presos por 100 mil habitantes).

Dito isso, o sistema prisional está entrando em colapso, uma vez que, a pena já não tem função alguma.

Os estabelecimentos prisionais tornaram-se um lugar de descarte, a partir do momento que não há qualquer garantias aos indivíduos restritos de liberdade.

Não existe mais o direito penal para fins de ressocialização, hoje o que se tem é um indivíduo que é considerado o inimigo da sociedade, que não deve mais estar entre a comunidade, pois é considerado uma coisa.

Agindo assim, o país esta regredindo a um momento no qual foi tão difícil se libertar, qual seja, o período que ficou conhecido pela supressão legalizada das garantias, sendo este, marcado pelo Estado de Exceção.

Foi então que surgiu uma provocação ao Supremo Tribunal Federal, na medida que o PSOL, provocou-o para que o mesmo se manifestassem em relação ao sistema carcerário brasileiro. Esta medida foi proposta através da arguição de preceito fundamental, em que, já foi explicitado, ser a medida correta contra lesão dos preceitos fundamentais.

A partir dessa ação de controle de constitucionalidade, o Brasil, pegando emprestado o estado de coisas inconstitucional da Colômbia, colacionou

ineditamente o reconhecimento de que os cárceres brasileiros são considerados estado de coisas inconstitucional.

Apesar do julgado do STF afirmar que o cárcere é considerado estado de coisas inconstitucional, nada mudou, a não ser o fato do reconhecimento da violação massiva das garantias aos presos.

Assim, no plano material, os direitos ainda são suprimidos, tanto é que mesmo após a ADPF 347, diversas são as notícias de rebelião, superlotação e condições desumanas nas celas brasileira.

Isso se dá, porque diferentemente da Colômbia, o Estado não se propõe a supervisionar a implementação de políticas públicas.

Diante da inércia dos poderes no campo material, o Estado acaba criando no uso do seu poder e discurso, zonas de morte, a partir do momento que permite por meio da ilegalidade já reconhecida, recolher em celas desumanas, sujeitos a qualquer tipo de supressão.

É com base nessa supressão que surge o Estado de Exceção, que legitima suas ações com base em uma suposta legalidade, quando, na verdade, as celas em si já são tidas como inconstitucionais, ou seja, ilegais.

Neste diapasão, a figura do *Homo sacer* proposto por Giorgio Agamben se tornou um importante tópico, pois a realidade brasileira é justamente uma verdade nua, em que o aprisionado torna-se a mercê do poder estatal, tornando-se matável, pois, as condições do encarceramento levam a esta apropriação da vida.

Observe que, não há como falar que não existe tortura no Brasil, o que acontece é pior do que isso, pois a partir do momento que se reconhece as violações dos direitos, bem como compara as celas às masmorras medievais, está admitindo que há pena de tortura, e ainda, admiti-se que continuem a ocorrer.

Podemos, portanto, retratar a crise do sistema prisional como um novo período do estado de exceção, uma vez que o STF já declarou o estado de coisa inconstitucional dos presídios, mas as condições desumanas e intoleráveis continuam a existir, e ainda, – os Magistrados – continuam a decretar a pena privativa de liberdade, mesmo diante das ADPF 347, sem ao menos, sustentar uma reforma nos presídios.

Assim, o Estado de Exceção a partir de Agamben, é justamente o que está ocorrendo no Brasil, pois a partir do momento que há normalização de supressão de direitos fundamentais dentro deste sistema, significa dizer que está naturalizando as exceções dentro de um estado de coisas inconstitucionais.

Tendo em vistas as falhas estruturas e as omissões dos poderes da administração pública, o Estado declara crise para que a exceção se justifique, sendo esta contrária a ordem constitucional, na medida que os poderes justificam isso através de um discurso de combate ao inimigo.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. 2ª ed. Editora Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer - o Poder Soberano e a Vida Nua I. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995-2002.

ALMEIDA, Judson Pereira de. Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. Vitória da Conquista-BA: 2007, p. 33. Monografia Científica em Direito na FAINOR-Faculdade Independente do Nordeste.

AMARAL, Cláudio do Prado. A história da pena de prisão. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

ANDRADE, Bruno Araujo de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 13, n. 13, 2016.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos". Art. 11. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro. Disponível em:

www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13087-13088-1-PB.pdf.

Acesso em: 23 mar. 2021.

AVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001.

BARBOSA, Deise Araujo. A influência da mídia nos processos judiciais criminais. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à criminologia brasileira. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2012.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1. ed. São Paulo. Edipro, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIZZOTTO, Alexandre. A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de Pós- Graduação em Ciências Criminais. PUCRS, Porto Alegre, 2008.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed. Editora Malheiros. São Paulo. 2007.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. Disponível também em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>.

_____. Canal de Ciências Criminais. Bandido bom é bandido morto. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/bandido-bom-bandido-morto/>. Acesso em 13 de abril de 2021.

_____. Reportagem G1. Cinco presos morrem por mês nos presídios do RJ, diz levantamento; maior parte é por doença, por Por Marco Antônio Martins, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/cinco-presos-morrem-por-mes-nos-presidios-do-rj-diz-levantamento-maior-parte-e-por-doenca.ghtml>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

_____. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984, institui Lei de Execução Penal. Art. 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

_____. Lei 9.882/99: Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581-RS. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 13 de agosto de 2015. DJE 01/02/2016 – ATA Nº 1/2016. DJE nº 18, divulgado em 29/01/2016, p. 14. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Diário de Justiça nº 181, Brasília, DF, Relator(a): MARCO AURÉLIO, setembro de 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais. In: Revista dos Tribunais. vol. 862. p. 429-44 Ago.2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. 2.ed.rev.,atual. E ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Yuri Carneiro. Introdução ao direito penal. JusPodivm. Salvador. 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011. (doc. 7) Disponível também em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 58. p. 329 .Jan / 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Medidas Provisórias. Caso Da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf.

COSTA, Cláudia Pinheiro da. Sanção Penal: Sua Gênese e Tendências Modernas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 5. ed. revista e ampliada – São Paulo: Atlas, 2014.

DULLIUS, Aladio Anastacio; HARTMANN, Jackson André Müller. Análise do sistema prisional brasileiro. Dissertação. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10878&revista_caderno=3. Acesso em 10 de jan 2021.

FERNANDES, Maria Rayane de Oliveira. A influência da mídia nos casos de grande comoção social e no processo penal, 2016, p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50786/a-influencia-da-midia-nos-casos-de-grande-comocao-social-e-no-processo-penal>.

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

_____. Luigi. Derechos y Garantías: La ley del más débil. Madrid, Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão 42.ed. Rio de Janeiro. Editora Vozes.

FONTELES, Samuel Sales. Direitos fundamentais. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador. Editora Juspodivm, 2019.

FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 3, Edição 5, Ago/Set, 2009, p. 103. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/54/52>.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GEBRIM, Gianandrea De Britto. O poder da mídia e sua influência no direito penal e processual penal, 2017, p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60554/o-poder-da-midia-e-sua-influencia-no-direito-penal-e-processual-penal>.

GRECO, Rogério. Curso de direito Penal: parte geral. 21ª ed. Impetus. 2019.

_____. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo. Saraiva, 2011.

_____. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas. 5ªed. rev., ampl. e atual. Niteroi, RJ: Impetus, 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Estado de Exceção e anormalidade constitucional no contexto da CF. 2020.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JUNIOR, Dirley da cunha. Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática. Salvador, JusPodivm. 2006.

LÉPORE, Paulo; DEL PRETI, Bruno. Manual de Direitos Humanos. Salvador. Juspodvm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. Nova prisão cautelar. Rio de Janeiro. Impetus, 2011.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARQUES, Gabriel. O que é arguição de descumprimento de preceito fundamental?. 2015. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>.

MARTINS, Jilia Diane. A condição do encarcerado no sistema prisional: biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

MBEMBE, Achille. Biopoder soberania estado de exceção política da morte. Revista do ppgav/eba/ufrrj, n. 32, dez. 2016, p. 128. Disponível em: <https://www.procomum.org/wp-content/uploads/2019/04/necropolitica.pdf>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetros de Controle e Objeto. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários a Lei nº 7.210, de 11-7-84. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As Origens Ideológicas do Direito Penal Do Inimigo. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 83. p. 93. Mar / 2010.

NAZARÉ, Fernando Campos. A política da morte: uma análise sobre a subjugação do direito a vida pelo poder estatal, sob o aporte teórico de Achille Mbembe. Rev. Fil. Tem., Belém, v. 4, n. 2 , p. 19-26, jul./dec. 2019 – ISSN: 2525-4154, p. 7.

NUCCI, Guilherme de Souza. A rebelião dos zumbis. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/rebeliao-dos-zumbis/>.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PAIVA, Uliana Lemos de; BICHARA, Dr. Jahyr-Philippe. A violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade de responsabilização interna e internacional do estado brasileiro. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/4351/3550/>.

PAIVA, Felipe. Entrevista realizada por Rodrigo Farhat, na publicação *Diplomatiqué Brasil*, do jornal francês *Le Monde*. 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-estado-de-excecao-e-regra-geral/>.

PINHO, Ana Clara Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernanda da Silva. *Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir*. 2.ed. São Paulo: Editora Tirant lo blanch, 2019.

POLL, Roberta Eggert; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. *Devido processo penal midiático: análise da opinião pública frente à punição*. *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 39-57, 2018, p. 43-44.

PRADO, Rodrigo Murad do. *Fundamentos do direito penal mínimo: uma abordagem criminológica*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* | vol. 47.

VALLE, Juliano Keller. *Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal*. Universidade Do Vale Do Itajaí – Univali. 2007. Dissertação de mestrado. Orientador: Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa.

VALOIS, Luis Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisa inconstitucional*. Belo Horizonte. Editora D'Placido, 2019.

RESENDE, Glicia Paula. *Criminal law of the enemy, criminal selectivity and the relativisation of guarantees according to the Criminal Guarantee Theory*. 2015. 158f. Thesis (Master's degree in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/6134d890a05ddacf92936bfb01a9469d.pdf>.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008.

SECHAIRA, Sérgio Salomão. *Prisões do futuro? Prisões no futuro? Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva* / organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva. — São Paulo: IBCCrim, 1997.

REIS JÚNIOR, José Carvalho dos. Estado de exceção no direito penal e processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Livraria do advogado. 2018.

SEQUEIRA, Vania Conselheiro. Uma vida que não vale nada: prisão e abandono político-social. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 26, n. 4, p. 660-671, dez. 2006, p.3. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141498932006000400012&lng=pt&nrm=iso>.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª edição revista, São Paulo, Malheiros, 1997.

SILVA, Leticia Fidalgo da. A declaração do estado de coisas inconstitucional frente à separação de poderes. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-declaracao-do-estado-de-coisas-inconstitucional-frente-a-separacao-de-poderes/#_ftn2.

SOARES, Renata Araújo. O estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte. 1 ed. Curitiba: Brazil publishing, 2021.

SOUZA, Amanda Victória Queiroz De. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: Um estudo sobre a ADPF 347 do Supremo Tribunal Federal. Monografia - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientadora Christine Oliveira Peter da Silva. 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso. 1ª Ed. Lisboa: Almedina, 2010.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo. 1.ed. São Paulo: Contracorrente, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.