



FACULDADE DE ILHÉUS



CESUPI

**COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE TCC
ARTIGO CIENTÍFICO**

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DA PENA
DEGRADANTE EM FACE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

**Ilhéus, Bahia
Novembro - 2022**



FACULDADE DE ILHÉUS



**COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE TCC
ARTIGO CIENTÍFICO**

YARA MEIRELES CUNHA

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DA PENA
DEGRADANTE EM FACE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Artigo Científico entregue para acompanhamento como parte integrante das atividades de TCC II do Curso de Direito da Faculdade de Ilhéus.

Orientador: Prof. Norberto Teixeira Cordeiro

**Ilhéus, Bahia
2022**

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DA PENA
DEGRADANTE EM FACE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

YARA MEIRELES CUNHA

APROVADO EM: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

**PROF^a. NORBERTO TEIXEIRA CORDEIRO
FACULDADE DE ILHÉUS – CESUPI
(ORIENTADORA)**

**PROF^a. (NOME DO PROFESSOR AVALIADOR)
FACULDADE DE ILHÉUS – CESUPI
(EXAMINADOR I)**

**PROF^a. (NOME DO PROFESSOR AVALIADOR)
FACULDADE DE ILHÉUS – CESUPI
(EXAMINADOR II)**

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	4
1. INTRODUÇÃO	5
2. DESENVOLVIMENTO	7
2.1. Período da antiguidade	7
2.2. Fase da idade média	8
2.3. Idade moderna	9
3. EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS AOS OLHOS DE FOUCAULT VIGIAR E PUNIR	12
4. GARANTIAS FUNDAMENTAIS COM RELAÇÃO À EXECUÇÃO DA PENA	12
4.1. Direitos fundamentais inerentes ao preso	13
4.2. Do processo de recebimento do indivíduo delituoso	15
4.3. Das garantias fundamentais e individuais inerentes ao preso ou internado assegurado pela Lei de Execução penal nº7.210/84 e sob o entendimento da Constituição Federal de 1988	16
4.4. Dos estabelecimentos prisionais	17
4.4.1. Cadeia Pública	19
4.4.2. Penitenciária	19
4.4.3. Colônia	20
4.4.4. Casa de Albergado	21
5. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AOS PRESÍDIOS	22
5.1. Evolução da aplicabilidade da pena e o exercício do poder de apenar	25
5.2. Do princípio constitucional relativo à proporcionalidade e razoabilidade	26
5.3. ADPF Nº347/ 2015	26
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS	30

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DA PENA DEGRADANTE: EM FACE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Yara Meireles Cunha¹; Norberto Teixeira Cordeiro²;

¹Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. E-mail: mei.yara@yahoo.com.br

²Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. E-mail: norbertotcordeiro@hotmail.com

RESUMO: Esse artigo buscou discutir sobre as garantias constitucionais de proibição da pena degradante face ao Sistema Penal Brasileiro, trata-se de abordagem mais direcionada ao julgamento da ADPF nº347 julgada pelo STF em 2015. O estudo aborda outras questões dos efeitos das penas degradantes, ou seja, visa demonstrar como os direitos humanos do preso são feridos constantemente, levando em conta a condição de vida precária e insalubre, bem como a triste realidade dos julgamentos. O trabalho avalia a aplicação da Lei de execução Penal n. 7.210/84, diante disto entende-se que todo preso provisório ou condenado precisa ter seus direitos assegurados a fim de lhes garantir a proporcionalidade e a harmonia no intuito de trazer a integração social e ressocialização em sociedade após cumprimento de pena. A pesquisa foi baseada através de estudos bibliográficos, artigos, doutrinas e jurisprudência, entende-se que estes direitos são cerceados antes mesmo do indivíduo chegar à unidade prisional. Desse modo, o objetivo deste artigo é demonstrar as inconstitucionalidades, quebra do direito do preso, condição de vida precária, os direitos de defesa cerceados, as penas degradantes e inconstitucionais e os julgamentos morosos inerentes à vida do preso.

Palavras-chave: ADPF nº347. Pena degradante. Lei de execução penal nº7210/1984. Direitos Humanos. Inconstitucionalidade. Direito Penal. Sistemas Prisionais. História das penas.

ABSTRACT: This article sought to discuss the constitutional guarantees for the prohibition of degrading sentences in the face of the Brazilian Penal System, it is a more focused approach to the judgment of ADPF nº347 judged by the STF in 2015. The study addresses other issues of the effects of degrading sentences, that is, it aims to demonstrate how the human rights of the prisoner are constantly injured, taking into account the precarious and unhealthy living conditions, as well as the sad reality of the trials. The work evaluates the application of the Penal Execution Law n. 7.210/84, in view of this, it is understood that every provisional or convicted prisoner needs to have their rights assured in order to guarantee them proportionality and harmony in order to bring about social integration and resocialization in society after serving the sentence. The research was based on bibliographical studies, articles, doctrines and jurisprudence, it is understood that these rights are curtailed even before the individual arrives at the prison unit. In this way, the objective of this article is to demonstrate the unconstitutionality, breach of the prisoner's right, precarious living conditions, the restricted rights of defense, the degrading and unconstitutional penalties and the lengthy judgments inherent to the prisoner's life.

Keywords: ADPF No. 347. Degrading penalty. Criminal Enforcement Law No. 7210/1984. Human rights. Unconstitutionality. Criminal Law. Prison Systems. History of Feathers.

1.INTRODUÇÃO

A garantia constitucional de proibição de pena degradante em face ao Sistema Prisional Brasileiro, através da análise do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº347 de 2015, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, revela ser de fulcral importância para o estudo do sistema penai em vigor, sob a ótica da legalidade, à luz do que preconiza a Constituição Federal de 1988, confrontada com as práticas do sistema. Este valoroso julgamento, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro, incluindo, entre alguns aspectos de inconstitucionalidade, violação da dignidade da pessoa humana, superação de prazos, a ausência de organização da gestão penitenciária, inclusive a irregularidade quanto à divisão dos presos de acordo gravidade de seus crimes.

O artigo aborda de maneira crítica construtiva a metodologia de penas degradantes e inconstitucionais aplicadas na atualidade, ressalte-se também, sob a perspectiva histórica, um compilado com as formas de aplicabilidade de medidas coercitivas advindas do código de Hamurabi cumulado com a Lei de Talião, nos quais não existia distinção de penas mais graves ou brandas, a lei que regia este tempo acatava a confissão como prova suficiente para determinação de crime, punido com o chamado olho por olho, dente por dente. Neste período, a sanção era vista como uma forma de coerção, porém, acrescido de vingança cumulado com valores religiosos, não existia direitos humanos resguardados, tampouco carta magna para que estes fossem assegurados. O estudo aponta a evolução da sociedade, o Estado passou a utilizar a aplicação da pena como instrumento de obter poder sobre aqueles menos favorecidos, sem o mínimo legal assegurado para que estes pudessem utilizar o que se chama hoje de ampla defesa e contraditório.

A problemática maior que merece atenção é a que diz respeito aos direitos fundamentais dos presos, estes são violados a cada sentença, desta forma, as autoridades utilizam desse meio para prejudicar o condenado através do abuso de poder, e deste modo, persistem em gerar as prisões massivas.

É evidente que o Sistema Judiciário ultrapassa certos limites e em decorrência disto, atropelam as normas em alguns casos, a imparcialidade nem sempre é levada em consideração, por meio disto, os julgadores externam sua vontade. Assim, são criadas verdadeiras escolas de criminalidade nos sistemas

carcerários. O fato é que a sentença, ainda se baseia em métodos punitivos aplicados no passado no sentido de punir pela infração cometida apenas, diante desta situação, uma reforma destas sentenças, seria o ideal para não ferir os direitos constitucionais inerentes ao.

As sentenças desproporcionais violam princípios fundamentais, como exemplo, o princípio da dignidade humana, o contraditório e ampla defesa, o direito a saúde, educação, bem-estar e assim sucessivamente, ou seja, viola normas básicas que a constituição assegura a todo cidadão.

Desse modo, é possível destacar que com a ausência do monitoramento adequado quanto à aplicabilidade das penas degradantes, o judiciário não garante os direitos Constitucionais e Penais os quais deveriam resguardar os presos no Sistema Prisional. Assim, é inquestionável a narrativa quanto à falta de humanização do judiciário e aos órgãos responsáveis por fiscalizar a individualidade de cada grupo de presos por nível de pena, nesse sentido, o estudo buscou por via da previsão legal, comparações científicas, notícias, lei, enunciados informações relevantes ao tema. O artigo trará a estruturação da ideia de pena degradante ao Sistema Prisional Brasileiro, o qual demonstra um pouco da realidade e forma de aplicação das penas degradantes.

Para os objetivos deste artigo, o estudo utilizou a análise da garantia constitucional de proibição de pena degradante face ao Sistema Prisional Brasileiro, e buscou demonstrar o apontamento da ADPF nº347, julgada em 2015, a qual trata justamente do Estado de Coisas Inconstitucional que, segundo o autor Luís Carlos (VALOIS, 2021), vive o sistema carcerário brasileiro, através de comparação de desigualdade de penas, princípios constitucionais feridos. O estudo identifica, ainda, efeitos colaterais da aplicação de penas indevidas ou mais rigorosas à inocentes julgados.

O artigo se iniciou através da pesquisa descritiva, a qual aborda pontos específicos da inconstitucionalidade no cenário prisional por via do julgamento da medida concentrada de controle de inconstitucionalidade ADPF nº347, além disto, a investigação aborda questões a respeito da aplicabilidade da pena, interpretação destas características da infração penal, e estilo de vida do preso, e segue em frente sob uma abordagem qualitativa, seguida de bibliografia, legislação importante ao tema e pesquisa em revista científica e projetos científicos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Período da antiguidade

Desde os primórdios da civilização humana, existiam conflitos, ideias, opiniões divergentes até mesmo por parte dos primeiros hominídeos, seres que viveram na terra a cerca de 2,4 milhões de anos entendimento baseado conforme autor (HIGA, 2015). Estes desenvolveram habilidade de construir instrumentos a partir do uso da pedra como medida de defesa contra animais predadores e para caça propriamente dita. A partir daí, com a convivência entre outros de mesma espécie aprenderam a se comunicar e desse modo externarão suas emoções e pensamentos.

Quando contrariados, era comum o embate físico entre eles, estes utilizavam as armas feitas de pedras, ossos, gravetos e tudo que fosse encontrável na natureza para servir de matéria prima, estas armas construídas também serviam para outra finalidade, como por exemplo, ferir o inimigo, estes entenderam que aqueles instrumentos seriam úteis para causar dor ao outro. Na concepção dos hominídeos, aquela era uma forma de punição, ou seja, o causar dor no outro, gerava a satisfação de um sentimento de justiça feita. Ou seja, não existia a ideia de prender o indivíduo em um lugar para privar sua locomoção como medida de coerção, na realidade o que prevalecia era a satisfação de ver o inimigo sofrer como método de vingança.

Com a evolução da pena em sociedade e suas modificações na civilização humana, se faz importante acompanhar a passagem da evolução das penas. A queda do império Romano em aproximadamente o século V a.C, teve grande relevância para a história pelo uso do cárcere contra aqueles que não se submetiam as regras, este tinha a finalidade de manter o indivíduo sob o domínio físico através do denominado em época suplício. As formas de aplicação do suplício eram executadas através do encarceramento do homem em calabouços, ruínas, cavernas, ou até mesmo torres de castelo, masmorras.

Conforme explica ESPEN em sua obra de 2021, escola de formação e aperfeiçoamento penitenciário:

A descrição que se tem daqueles locais revela sempre lugares insalubres, sem iluminação, sem condições de higiene e "inexpurgáveis". As masmorras são exemplos destes modelos de cárcere infectos nos quais os presos adoeciam e podiam morrer antes mesmo de seu julgamento e condenação, isso porque, as prisões, quando de seu surgimento, se

caracterizavam apenas como um acessório de um processo punitivo que se baseava no tormento físico. (FILHO, 2002 apud ESPEN, 2021, p. 1).

Dessa forma, fica evidente que o aprisionamento de fato o qual deu origem a fase das prisões, foi aquele onde se mantinha o indivíduo preso, para que este paga-se por seus pecados, ou crimes.

2.2. Fase da idade média

A base estrutural da civilização humana foi à religião (FOUCALT, 2014), neste período a igreja Católica exerceu poder religioso rigoroso sobre os indivíduos, poder este não só ligado à religiosidade em si, mas aos costumes, regras, imposições, uma metodologia de vida e de se portar em sociedade. Nos anos de 476 a 1453 a economia Feudal balizava e controlada a sociedade junto à Igreja Católica.

Ambos utilizavam o cárcere com intuito de manter pessoas destinadas a passar por processos e castigos corporais severos, chegando a alguns casos a pena de morte, este ambiente não era voltado a castigar o prisioneiro para mero aprendizado e arrependimento, levando em conta ser um local de conservação do agente para efetivo cumprimento das punições, ou seja, evitar que aquele culpado viesse a fugir ou até mesmo se matar ou ser morto sem a devida punição imposta pela igreja.

O Santo Ofício, espécie de inquisição, tratava-se de uma forma de investigação que a Igreja Católica utilizava, esta monitorava os costumes e a norma de conduta de cada indivíduo, tendo em vista que não era permitido o desvio de finalidades sob pena de ser julgado pelo suplicio.

Na mesma época da predominância da igreja, surgirão duas modalidades de cárceres sendo o primeiro denominado de cárcere do Estado, este responsável por manter em custódia o culpado que estava à espera de uma punição, ou seja, resguardava aquele corpo em cárcere de custódia. O segundo era Cárcere eclesiástico, destinado aos clérigos a aqueles que eram considerados rebeldes estes, ficava presos nos mosteiros, à finalidade era que por meio desse período trancafiados os rebeldes viessem a se arrepender de seus pecados e do mal que praticaram vindo a uma possível redenção.

Partindo destas duas tipologias de cárceres e formas distintas de punição, surgiu a ideia de penitenciária que deriva do código de Direito penal Canônico,

sendo esta, considerada a principal fonte no tocante as prisões e seu reconhecimento e costume a ser aplicado pela sociedade no decorrer da história.

2.3. Idade moderna

Os anos de 1.453 a 1.789 foram marcados por uma fase de muitas mudanças históricas, época em que foi marcado pela Revolução Francesa ocorrida em 1.789, esse acontecimento grandioso se deu pela passagem do modelo de organização social Feudal para as primeiras constituições do Estado moderno onde abarcou grandes regimes políticos, econômicos e sociais, estes foram abrangidos pelo capitalismo e foram governados pelo detentor do poder o monarca.

O detentor dos poderes políticos utilizava da fraqueza das classes menos desfavorecidas, seus súditos para impor-lhe sua vontade e desse modo obter controle sobre eles. O monarca, não tinha a argúcia da prisão como meio coercitivo temporário e educativo, a seu ver, manter o indivíduo em um local resguardado em cárcere o protegeria, para que este não tentasse a fuga ou prática do homicídio consigo mesmo, desse modo, a finalidade daquela prisão era a preservação do preso para o cumprimento de pena.

Com o transcorrer do percurso histórico e a evolução das prisões e suas regras, houve a chegada do Iluminismo no século XVIII, este trouxe a extrema pobreza para com aqueles cidadãos, a fome se irradiou e em decorrência disto, a população começou a cometer diversos delitos patrimoniais em busca do alimento.

A sociedade precisou evoluir com isto as formas de produção ficaram cada vez mais eminentes, logo a força de trabalho era necessária e a partir daí, foi utilizada método punição. O excesso de trabalho partia das classes mais humildes para geração do enriquecimento de empresários, donos de terras e a indústria propriamente dita. Deste modo, a privação de liberdade era o que estava no alcance dos detentores do poder com intuito de forçar aqueles indivíduos ao labor e em consequência disto houve o aumento da pobreza entre classes mais pobres logo, o exercício dos delitos ficou mais comum.

Michel Foucault entende que:

Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao

esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado. (FOUCAULT, 1997, p.70).

O autor Foucault “defendia o uso da razão contra o antigo regime e pregava maior liberdade econômica”. (ESPEN, 2021, p.3, apud FOUCAULT, 1997, p.). Ou seja, a razão seria o início de uma nova percepção de como punir alguém intenção de educar e ressocializar para não mais cometer os mesmos erros ao regressar em sociedade, desse modo, o Estado teria maior liberdade econômica, se o cárcere ocorresse com menor frequência.

Sob o ponto de vista dos iluministas, a sociedade seria regulada através do pensamento crítico de conhecimento sobre o mundo humano acreditava-se que este conhecimento ideal melhoraria o Estado e a sociedade, estes deram o primeiro passo para uma interpretação diversa a cerca da pena criminal, um exemplo disto foi o caso de Cesare Beccaria, autor da obra intitulada de Dos Delitos e das Penas, com publicação em 1794.

Esta vinha contra os costumes de violência e vexame os quais os indivíduos eram subordinados a passar, nesse aspecto, pugnou tais atos e exigiu que o princípio da reserva legal e garantias do acusado fossem aplicados no sistema das penas. A obra do (BECCARIA, 1794) causou indignação e incomodo para aqueles que tinham conhecimento deste e fez com que a sociedade pudesse refletir a cerca do tratamento desumano contra os delinquentes e como estes não tinha o direito de defesa.

Frisa-se a importância de predominar a passagem temporal após a idade média, seguindo para a idade moderna, os autores George Rusche e Otto Kirchheimer trazem em sua obra Punição e Estrutura Social de 2004, todos estes momentos históricos, onde abarcou o cenário de desenvolvimento social, o ingresso do Direito Penal e o surgimento do Capitalismo, tal qual a evolução e inclusão no sistema do mercantilismo, as prisões e o surgimento do conjunto de atividades produtivas além das condições de fianças e a questão das altas taxas de aprisionamento (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2004), além disso abarca a questão das mudanças de pena, o iluminismo, as consequências advindas das penas na sociedade, tendências políticas sobre o regime fascista dentre outros importantes momentos relevantes da história.

Os autores citam as teorias absolutistas e teológicas como sendo a forma que negligência a sociologia dos sistemas Penais, conforme afirmam os autores “as teorias penais não apenas contribuíram pouco, diretamente, como tiveram uma influencia negativa nas análises histórico – sociológicas dos métodos punitivos” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 18). Não obstante disto, é viável analisar a questão das penas as quais são mal compreendidas no sentido de que não se deve observar o lado punitivo ou a mera consequência do delito, a pena pode ser interpretada em caráter individual em direção punição pelo ato praticado e partindo para o outro lado social da pena, cujo objetivo é manter o indivíduo em um lugar adequado, lhe proporcionando todas as garantias individuais, incluindo a alternativa de trabalho, estudos, religião, remuneração, e a possibilidade de redução da pena a cada dia trabalhado, não obstante disto, tem a questão do bom comportamento em troca de benefícios, sendo assim todos estes elementos são primordiais a ressocialização do indivíduo durante o cumprimento de pena. Nesse sentido, os autores buscam trazer o discernimento de que o desenvolvimento das penas em conjunto com a função social é importante para a reforma e melhoria do istema judicial e prisional.

Com o advento do Capitalismo, os conflitos sociais foram se expandindo, a partir desta transição entre o século XIX e XV, foram criadas leis criminais mais severas. Estas eram direcionadas as classes sociais mais fracas ou subalternas. O crescimento da pobreza influenciou no avanço dos crimes e com estes vieram à necessidade de uma administração penal mais rigorosa. É correto afirmar que segundo “o sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entanto, pelas diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado” (RUCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p.31).

Mais a frente trazendo resumidamente os acontecimentos, após evolução, teve o surgimento da casa de correção em Londres em 1.555, depois o período das Galés que se baseava num modelo de escravidão, em seguida mais ou menos no século XV a origem da deportação de criminosos, a evolução dos sistemas carcerários e finalmente os dias atuais com as respectivas leis que regulamentam as penas e sistemas, trazem as garantias fundamentais prisioneiros e abrem espaço cada vez maior para instituir inconstitucionalidades por parte dos órgãos julgadores

e suas penas exageradas e desproporcionais aos delitos e condição de cumprimento de pena nos presídios.

3. EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS AOS OLHOS DE FOUCAULT VIGIAR E PUNIR

Sob o ponto de vista histórico acerca da pena e como esta se tornou um método coercitivo para aqueles que praticavam atos considerados infringentes da Lei. A chamada forma prisão, originou-se antecedente a interpretação que os novos códigos retratam, esta vincula a ideia de individualizar os agentes nos famosos processos de repartição fora dos ditames do meio judiciário. Desse modo, sua principal finalidade “era tornar os indivíduos dóceis e úteis e através desta ideia, realizar o trabalho como forma de controle/manipulação sobre seus corpos” (FOUCAULT, 2014, p.223).

Nesse liame, conforme citação acima ocorria o controle propriamente dito sob o agir dos indivíduos como espécie de alienação sob seus corpos, desse modo, nasceu à expressão instituição-prisão, essa instituição surgiu num momento onde não se reconhecia ainda a ideia de pena como método de coerção sobre o indivíduo.

12

Segundo entendimento de Michel Foucault, o termo prisão passou a ter essa individualidade, após o reconhecimento da pena conforme aponta:

No fim do século XVIII e princípio do XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. Os modelos da detenção penal. (FOUCAULT, 2014, p.223).

4. GARANTIAS FUNDAMENTAIS COM RELAÇÃO À EXECUÇÃO DA PENA

Partindo de uma breve perspectiva histórica, é possível identificar o déficit nas espécies de penas aplicadas no passado, na obra denominada de Sistema Prisional colapso atual e soluções alternativas, lançado em 2017, Rogério Greco traz a afirmativa de que a pena sempre foi vista por terceiros como algo impossível de ser alterada ou modificada, ou seja, era a única alternativa de disciplinar o agente delituoso diretamente pelo crime ou conduta praticado por este. (GRECO, 2017), faz

observações quanto a uma possível forma primitiva de punir, ao trazer uma breve busca pela historicidade das primeiras punições aplicadas pelos seres primitivos.

Nesse sentido, era algo que possibilitava ao ofendido e seus familiares a realização de uma vingança inerente ao crime, o chamado olho por olho, dente por dente como apontava a Lei de Talião. Nesta época, não havia metodologia que reprimisse a punição em razão da conduta delituosa, a vingança era desproporcional ao delito, como exemplo disto podemos citar um crime de furto, o qual o indivíduo o realizou com a intenção de suprir a fome de sua família. Imagine que o comerciante poderia matar aquele pai desesperado por mera vingança, sem filtros, sem pudor e sem regras, não havia garantias fundamentais ao infrator nem punição para aqueles que exageravam na aplicação das penas.

No entendimento de (GRECO, 2017), o Estado trouxe a inovação com a aceção de aplicar as penas proporcionais aos delitos praticados, o responsável por aplicar a pena não era o ofendido como se mostrava nos moldes da Lei de Talião ou período primitivo da sociedade, está era aplicada pelo ser dotado de imparcialidade.

Desse modo houve a inclusão de sacerdotes ou anciãos que por serem vistos como líderes religiosos representantes da religião de determinado grupo, eram reconhecidos como figuras de juizes e detinham o poder para tal julgamento.

Com base nesse argumento consideramos que a figura estatal entrou para assumir a responsabilidade de solucionar os conflitos e para aplicar a devida penalidade ao infrator, a partir daí o Estado passou a exercer o poder de jurisdição, (TOMAZ, 2019). Considera-se o desenvolver dos períodos históricos até a atualidade, será importante notar que as penas não apenas restringiam a liberdade do infrator, mas estas eram cautelares, com finalidade retributiva, exigindo que fosse infligido sofrimento proporcional ao mal causado pelo outro, com a mesma moeda, só que para pior. Foi necessário séculos e evolução e muito sofrimento e injustiça causado aos prisioneiros familiares para se ter hoje o que chamamos de pena restritiva de liberdade abarcada de garantias fundamentais ao preso.

4.1. Direitos fundamentais inerentes ao preso

Sabe-se que o sistema de aplicação da pena sofreu diversas modificações, Leis foram criados, códigos adotados, e uma base fixa e estruturada foi desenvolvida para manter o cárcere do apenado, a chamada prisão ou presídio. Não

mais utilizando métodos retrógrados de punição, o Estado adota a forma de prender, investigar sentenciar de acordo gravidade do crime e punir com a ideia de ressocializar o criminoso em sociedade. Ocorre que a realidade do preso é diferente daquela prevista em Lei.

Um primeiro ponto a se destacar seria os direitos individuais ou fundamentais do condenado, é imperioso afirmar que estes vivem em condição desumana no recinto onde cumpre a pena, local este que é como a casa daquele preso onde ele viverá por muitos anos confinados, longe do mundo, e muitas vezes até livre do sol, pode considerar que os direitos e garantias fundamentais da pessoa presa podem ser extraídos da própria CF/88, que assegura o respeito à integridade física e mental do detento, além de vedar práticas consideradas degradantes e desumanas” (NEIVA, 2021), na realidade desses indivíduos há muita injustiça e sofrimento, a sociedade deseja penas mais severas que as existentes incluindo crimes de tortura com intuito de obter confissão, por fim a pena de morte propriamente dita está proibida no sistema penal Brasileiro.

É imperioso destacar um ponto sobre a privação de locomoção constante no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal, este inciso aborda o direito de ir e vir de todo cidadão Brasileiro esteja ele dentro ou fora do País. A lei esclarece que existem restrições é claro quanto à mobilidade em locais de propriedade privada, residência etc., mas como tudo que é dirigido ao preso é mais severo em principal aos seus direitos, estes ficam sob restrição em suas celas uma vez que condenado pelo juiz até que se cumpra sua pena.

Frisa-se que o inciso LIV do mesmo artigo 5º trás a questão a liberdade e o devido processo legal, em regra o preso tem sua liberdade privada antes mesmo de começar o devido processo legal, existem situações variáveis onde por descaso e abandono do Estado, o apenado vem a óbito à espera de uma sentença, seja por condição insalubre que afete sua saúde, seja por violência dentro do próprio presídio causada por outros presos.

Nesse sentido, mesmo que exista uma estrutura como o presídio para abrigar os indivíduos, esta se encontra em estado de calamidade pública, a higiene é precária, os cuidados médicos em falta, a superlotação de celas mais que excedem sua capacidade máxima, imagine centenas de presos num quarto fechado, sujo, úmido, sem lugar para dormir em muitos casos estes permanecem em pé e rateiam

um pedaço de chão para descansar. Isto é claramente uma violação a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, entende-se que “nem o discurso político nem o jurídico tem o condão de transformar a realidade carcerária de abandono em prática constitucional” (VALOIS, 2021, p.47), o autor entende que apesar de o argumento pesado e injusto se adequar a mentes pesadas e desumanas, não altera a realidade cruel do cárcere, este que só transmite sofrimento, humilhação, doenças, abandono, raiva, angústia, fome, desespero e dessa morte se mostra total contrária a ideia de compatibilidade com a dignidade humana. Isto posto, “não há necessidade de usar o argumento ressocializador para justificar a condição para o cárcere, basta que façamos cumprir o princípio da dignidade humana” (VALOIS, p.47, 2021).

Em que pese às garantias individuais do preso estar presentes na Constituição Federal de 1988, é importante destacar também a Lei de Execução Penal nº7.210/84. A presente Lei Federal prevê uma estrutura organizada e especializada direcionada ao preso no sentido de individualizar e organizar os tipos penais aos quais estes foram acusados, ou seja, uma vez que o agente for preso, seja ele condenado ou preso provisoriamente, vai passar pela Lei de Execução Penal, neste processo de recebimento do preso, esta irá regulamentar a execução da sua pena e providenciar condições harmônicas para integração social do condenado.

4.2. Do processo de recebimento do indivíduo delituoso

Ao chegar ao estabelecimento prisional, (NUCCI, 2018), o condenado ou acusado passa por comissão técnica de classificação como citado anteriormente, essa classificação é denominada ou mesmo conhecida como comissão técnica de avaliação CTC, o intuito dessa comissão é fazer a avaliação do indivíduo no sentido de verificar sua origem, de onde veio, meio familiar e qual o crime que esta pessoa cometeu, se este é reincidente ou réu primário bem como seu histórico escolar, meios de trabalho, ofícios que este realizava, verifica também se o indivíduo portava carteira assinada dentre várias outras coisas que possam exaurir qualquer dúvida a respeito daquele preso ou condenado, ou seja, basicamente uma triagem geral.

Após avaliação efetuada pelo chefe diretor do ambiente Prisional conforme exposto no art. 7º caput da Lei de execução penal LEP, é importante que o preso ou

condenado tenha acompanhamento de um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social. (NUCCI, 2018). E rotineiro que esta CTC verifique se o preso ou condenado precisa de algum atendimento individualizado em decorrência de sua saúde, como atendimento médico, medicações específicas em horários específicos, tudo que for necessário para garantir a dignidade da pessoa humana enquanto este vier a ficar detido.

E quando é correto afirmar que o presidiário terá de fato sua liberdade ou condenação decretada? Quando forem concluídas as etapas da execução penal de cada preso ou condenado, dentro dessas etapas inclui o exame criminológico e para saber quem vai participar deste é necessário observar a previsão legal do art. 8º da Lei de execução penal. Existem duas modalidades de penas, restritiva de direito e privativa de liberdade compostos em três modalidades dentro dela sendo (regime fechado, semiaberto e o regime aberto). Ou seja, aquele preso que está de fato trancafiado em sua cela, está em situação de regime fechado, este tem o seu direito de ir e vir completamente cerceado enquanto estiver preso naquele ambiente de cela, logo, será submetido ao exame criminológico e passará pelas demais etapas da execução de pena até chegar à definição da situação de apenado.

4.3. Das garantias fundamentais e individuais inerentes ao preso ou internado assegurado pela Lei de Execução penal nº7.210/84 e sob o entendimento da Constituição Federal de 1988

O presente título II da Lei de execução penal abarca no rol de artigos os institutos e garantias que são assegurados aos presos e internados, inclusive as garantias materiais. A título de exemplo, tem-se a questão da disposição de alimentação em horários determinados e supervisionados por nutricionistas competentes, além das instalações para se acomodar os presos dentro das celas de aprisionamento.

No tocante as necessidades físicas incluindo saúde, moradia, esportes e trabalho. A LEP preserva a ideia de que todo preso precisa viver com dignidade e ter acesso aos seus direitos, incluindo o acesso à justiça gratuita. Desde seu acolhimento no instituto prisional até a sua saída, lhe são assegurados tais direitos.

Com relação à saúde, entende-se que todo ser humano precisa de assistência médica para prevenir doenças e contágios entre os presos, e para

resguardar o direito a vida. Nesse sentido, a lei trás expressamente na seção III do capítulo II em seu art. 14 as condições necessárias de assistência à saúde do preso.

Em linhas gerais, a assistência ao preso ou internado é dever do Estado, logo este não pode desamparar estes indivíduos. Seja com a saúde como citado anteriormente, seja com a disposição material com os meios necessários para mantê-los, jurídica no tocante a permitir que este possa ter acesso a justiça seja por meio de advogado constituído particularmente seja por assistência gratuita, incluindo também o direito ao devido processo legal, o contraditória e a ampla defesa conforme assegura o art. 5, LV da Constituição Federal de 1.988, além do conhecimento de sua condição como preso. Não obstante disto, tem-se também o direito educacional visando manter estes indivíduos a par da educação, atividades conjuntas sociais de aprendizado visando amenizar a angústia de estar preso cumprindo pena, outro ponto que merece atenção é o acesso a religiosidade o art. 24 da LEP dispõe sobre a liberdade de culto e expressão, como também, o acesso a livros da instituição.

A realidade de aplicação da pena diverge dos princípios assegurados pela Legislação, a exemplo disto, tem a condição insalubre de vivencia nos presídios, além da ausência de higienização das celas, a questão referente à superlotação, incluindo a situação precária e abandonada da saúde destes presos. É sabido o fato de que os presos pegam e transmitem doenças, muitas delas incuráveis, além de ser fato que os meios de pena são inconstitucionais em alguns casos, por falta de observância da Lei, ou pelo simples fato de gerar uma fábrica de presos sem interesse social de reintegrá-los a sociedade ressocializados.

4.4. Dos estabelecimentos prisionais

A Lei de execução penal trás em seu art. 82 as modalidades de estabelecimentos prisionais onde irá abrigar os condenados seja no tocante aos presos provisórios, seja ao agresso, (NUCCI, 2018) afirma que nesse procedimento de acolhimento dos presos, tanto a mulher quanto para idosos acima de 60 anos, terão celas individuais de acordo sua condição pessoal para que estes possam ficar em isolamento total.

Desse modo no que diz respeito ao condenado é entendido que:

Regimes fechado, semiaberto e aberto, ao submetido à medida de segurança (internado em hospital de custódia de tratamento), ao preso provisório (decorrência da prisão cautelar) e ao egresso (neste caso, nos termos do art. 26. (NUCCI, 2018, p.128),

O autor se refere ao art. 26 da própria LEP no sentido de cada modalidade de regime e internamento estarão sujeitos a ficar em ambientes de isolamentos diferentes, tendo em vista que cada regime tem uma pena própria, e forma de cumprimento diferente.

No que diz respeito ao agresso, (NUCCI, 2018), destaca que não existiria uma destinação própria tendo em vista o sujeito está em estado de liberdade, porém se buscar uma interpretação mais profunda é possível identificar um lugar com aparo meramente assistencial que é aquele que resguarda ao sujeito a egresso ficar amparado se desejar pelo período provisório de 02 meses conforme sustenta o art. 25, II da LEP em conjunto com o entendimento do art. 82 da mesma Lei.

O autor destaca a importância da separação das mulheres e idosos bem como dos homens propriamente dito (NUCCI, 2018), no sentido de evitar promiscuidade, perigos, violências e outras consequências conforme assegura o art. 5º, XLVIII da CF/88, inclusive para os idosos tendo em vista estarem ao final da vida, sua condição física e de saúde é mais frágil o que impossibilita qualquer método de defesa, ou seja, “quanto ao idoso, por sua situação mais frágil, no cenário físico e psicológico, é justo ter um estabelecimento apropriado para cumprir sua pena, seja ela no regime fechado, semiaberto ou aberto”. (NUCCI, 2018. P. 128), o doutrinador, afirma, caso o idoso tiver mais de 70 anos, estará livre da casa do Albergado, desse modo este poderá cumprir sua prisão domiciliar em sua própria residência.

Desse modo é imperioso destacar que muitos crimes foram motivados pelo estado de rejeição da sociedade, onde o Estado nega oportunidade de educação, emprego lícito como menciona NUCCI, dignidade, o que acontece muitas vezes é o emprego de abandono e discriminação por forças estatais, trazendo a consequência de mais condenados e mais lotações de presídios, o autor entende que de “os presídios não devem ser construídos, organizados e administrados para dar lucro ao Estado. Infelizmente, lida-se com o lado cruel da sociedade, que é a criminalidade”. (NUCCI, 2018, p. 129).

4.4.1. Cadeia pública

A cadeia Pública, é a ideia de um presídio, se caracteriza por ser uma construção parecida com a de um presídio, porém que esteja ligado a algum anexo de delegacia, muito se engana e acredita que este complexo seja destinado aos condenados de fato, (NUCCI, 2018) ocorre que neste caso específico a cadeia pública abriga criminosos provisoriamente até que estes recebam a devida condenação e sejam transferidos para a unidade prisional oficial.

Estes presos são ligados a um sistema fechado, mas que não abarca as características do regime fechado, o local em regra deveria ter celas individuais, mas na realidade são poucas comparadas ao número de delituosos que eles recebem logo como consequência gera a superlotação como se fosse um presídio de fato. Podemos citar como referência de uma unidade Pública o Presídio Regional Ariston Cardoso – Ilhéus, situado na Av. Esperança, este acolhe presos provisoriamente até a devida transferência.

NUCCI entende que estas unidades inclusive não oferecem programas com encargo de trabalho para o prisioneiro, nem pátio de sol ou outros ambientes de lazer como em um presídio comum, assim entende “Não há trabalho disponível, nem outras dependências de lazer, cursos etc., justamente por ser lugar de passagem, onde não se deve cumprir pena. Atualmente, está-se mudando o conceito de estabelecimento penal para abrigar presos provisórios”. (NUCCI, 2018, p.145), ou seja, em resumo, transitado em julgado a sentença condenatória, estes indivíduos devem ser transferidos de imediato para o presídio, e lá passagem pelo regime adequado a cada tipo de pena aplicada.

4.4.2. Penitenciária

Trata-se de um local cercado de grandes muros, arame farpado, segurança máxima, guardas, agentes penitenciários munidos e armados sob vigilância constante 24h (NUCCI, 2018). Este local é destinado a confinar os presos ao comprimento de pena privativa de liberdade e regime fechado, no que diz respeito a reclusão, busca-se o entendimento expresso no art. 87 da LEP.

Entende-se, com base na leitura do art. 87 ora já mencionado, é possível extrair que a União, Estados, Distrito Federação tem a faculdade, ora (obrigação) de

construir a estrutura dos presídios destinados também a abrigar presos sob regimes disciplinares excepcionalmente distintos dos mais comuns, é correto afirma que:

Ora, parece-nos uma necessidade, logo, uma obrigação. Aliás, no tocante à União, como já foi destacado, o art. 3.º da Lei 8.072/90 impõe o dever de manter presídios para presos de alta periculosidade, que, normalmente, são os mesmos inseridos no RDD. (NUCCI, 2018, p.138).

Logo, é de e de suma importância que União e Distritos Federais tomem este cuidado para manter a segurança e evitar futuros transtornos como a exemplo das fugas.

Não obstante disto, (NUCCI, 2018), destaca a questão dos funcionários que ocupam dos cargos públicos e como estes são passíveis de cometer erros, o objetivo da Lei é assegurar as garantias individuais e fundamentais, e a organização por parte do Estado. Em referido trecho o autor cita:

Estado deve dar o exemplo, por se constituir em ente abstrato e perfeito, diverso, pois, das pessoas que ocupam cargos públicos e podem agir de maneira equivocada. Por isso, busca-se que a lei privilegie o respeito aos direitos e garantias fundamentais do preso. (NUCCI, 2018, p.138).

4.4.3. Colônia Penal

Trata-se de uma estrutura penal de segurança média (NUCCI, 2018), o objetivo deste local de acolhimento assim por dizer é destinado para aqueles presos que estão em cumprimento de pena sob o regime semiaberto, este local não é como uma prisão comum, tendo em vista que não há a necessidade de se ter muros de concreto ou guardas, portanto armas para resguardar aquele local.

O autor destaca que:

É o regime intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência. Enquanto o regime fechado encontra-se superlotado (em várias Comarcas) e o aberto é sinônimo de impunidade, nos lugares onde não existe a Casa do Albergado, o regime semiaberto pode representar um alento, ao menos quando a colônia efetivamente funciona dentro dos parâmetros legais. (NUCCI, 2018, p.140).

Saliente-se também a questão das poucas vagas para aqueles submetidos ao regime semiaberto, (NUCCI, 2018), aborda a relevância disto, informando a responsabilização do Estado oferecer estas vagas, desse modo o preso não pode se prejudicar, logo, na ausência de vagas no abrigo de segurança média, o preso deve ser transferido para o regime aberto até que surja uma vaga no regime semiaberto.

Em observância a este cenário complexo, o Supremo Tribunal Federal precisou editar a súmula vinculante nº56 no sentido de afirmar que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. (NUCCI, 2018, p.140).

A LEP em seu art. 92 e alíneas seguintes destacam as garantias e características do regime semiaberto, incluindo a individualidade e a coletividade dos presos. Desse modo, tem-se a questão do alojamento coletivo, onde os presos são selecionados para conviverem naquele ambiente em harmonia, essa seleção é importante para evitar conflitos, estes são separados até mesmo por tipo de trabalho de cada um, pontos comuns de interesse e não obstante disto para manter-se a harmonia e preservar os princípios legais, a colônia deve obedecer a capacidade máxima dos presos, não pode haver a super lotação, e não pode haver cela individual caso contrário, o regime passaria a ser o fechado, contrariando a finalidade principal do semiaberto.

4.4.4. Casa de Albergado

Por fim a casa de albergado, o art. 93 da Lei de Execução Penal, é o local onde os presos permanecem para o cumprimento de pena em regime aberto, esta casa além de abrigar aqueles com pena restritiva de liberdade suporta os presos que tem o final de semana limitado. É fato que muitas comarcas desconhecem esta modalidade de abrigo, conforme afirma o autor “A sua inexistência levou a gravíssimos fatores ligados à impunidade e ao descrédito do Direito Penal. Há décadas, muitos governantes simplesmente ignoram a sua necessidade”. (NUCCI, 2018, p.142).

O judiciário viu-se obrigado a promover medidas que implantassem o preso no regime aberto, porém em prisão domiciliar, ocorre que essa localidade de albergado era a priore destinada as pessoas acima de 70 anos, deficientes, mulheres grávidas, pessoas com condição de doença grave entre outras que necessitassem de um atendimento mais delicado, ocorre que na prática não ocorreu dessa maneira, os presos foram inseridos sem esse rigor, e como consequência não existe uma fiscalização ideal para saber se o preso cumpriu o regime adequadamente ou não em seu domicílio.

Não há interesse por parte do Estado neste regime, por isso é importante que este seja extinto da lei e renovado para abrigar o regime semiaberto com os dois estágios, porém, não é possível essa inovação sem que a Lei surta efeito (NUCCI, 2018).

5. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AOS PRESÍDIOS

É natural que a sociedade busque a punição daqueles que transgredem as regras e normas acordadas e impostas aos membros da comunidade, a isso normalmente se dá o nome de cumprimento da lei (VALOIS, 2021), o que ocorre é que a lei, por ser abstrata, descreve um mundo ideal, mesmo quando trata da violação das suas regras, e este mundo muito se distancia do mundo real, o mundo onde ocorrem os delitos e onde a lei é aplicada para punir essas condutas.

O que parece ocorrer é que o direito reflete as ideologias e visões de mundo da elite da sociedade, de forma a ser seletivo em sua aplicabilidade, e o sistema penal brasileiro materializa essa tendência de manutenção da violência e da barbárie, o *status quo* que mantém sempre em abandono a parcela já marginalizada da sociedade. É por estarem tão distantes a lei do mundo dos fatos, que a execução penal no Brasil é absolutamente ilegal e inconstitucional, nesse sentido, “visitem as prisões, elas ensinam pela visão, pelo tato, pelo cheiro, melhor do que qualquer livro, sobre o seu estado de coisas inconstitucional”. (VALOIS, 2021, p.11).

Como se sabe, o encarcerado é, em tese, o infrator que sofre uma sanção penal como forma de punição por sua conduta, e esta sanção é, como prescreve a lei, a pena de privação de liberdade, isso significa que o apenado está privado de sua locomoção, privado de seu direito de ir e vir, porém, o que se observa na prática é que estes condenados sofrem não somente a privação de sua liberdade mas, além disso, a violação à sua liberdade, pois a Lei de Execução Penal prevê as assistências das quais o aprisionado tem direito, e qualquer rápida olhada no que ocorre na realidade prisional brasileira, verificará a violação à liberdade dos presos que é a ausência de assistência educacional e assistência médica garantidas a eles, entre outros direitos tolhidos, (VALOIS, 2021). A própria Constituição Federal de 1988 concede um remédio para a violação à liberdade em seu art. 5º, inciso LXVII, ao dizer “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar

ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção” (CF, 1988, art. 5º).

Ou seja, uma garantia constitucional contra a violação à liberdade. Assim, qualquer violação de direito de quem está com sua liberdade de locomoção temporariamente suprimida (não há pena perpétua no ordenamento jurídico pátrio) é violação à liberdade.

O sistema penitenciário torna o detento vulnerável à violência, à insalubridade, à violação e à morte, que é a perda do direito essencial ao exercício de qualquer direito, o direito à vida.

Como explica Valois:

[...] o cumprimento da lei é uma das principais obrigações do poder judiciário, e não se pode esquecer que a prisão da realidade em nada se parece com a prisão limpa e arejada da Lei de Execução Penal, mas é uma prisão que mata, tortura, extorpe e violenta. (VELOIS, 2011, p. 15, 16).

Nesse sentido, o direito não se corresponde diretamente com mundo dos fatos, pois, como linguagem que é, detém um conhecimento e cria um discurso com coerência interna da realidade do preso, porém, que proporciona o silêncio de determinadas problemáticas, reforçando o pensamento e ideologia dominante. Esse aspecto do direito faz com que, por exemplo, os direitos dos encarcerados recebam a nomenclatura de benefícios gerando a compreensão de serem mais limitados do que são e de serem uma concessão, ao invés de serem atributos próprios deles e que, portanto, podem ser exigidos.

Tendo em vista a discrepância existente entre a ideia imprimida pela lei e a realidade concreta do sistema prisional, em 2015 o Partido socialismo e liberdade (PSOL), ajuizou a ADPF 347, alegando que o sistema prisional brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e requerendo ao Supremo Tribunal Federal, incumbido de decidir questões referentes à Carta Magna, que reconhecesse o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário.

NEGREIROS apud VALOIS 2021, afirma sua interpretação de maneira que:

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma decisão por meio da qual o Tribunal Constitucional declara a ocorrência de violação maciça e reiterada de direitos fundamentais generalizados e estruturais sendo de tal magnitude que configura uma realidade contrária aos princípios fundadores da Constituição e, portanto, ordena a todas as instituições envolvidas que acabe com esse estado de anormalidade constitucional por meio de ações integrais, oportunas e eficazes. (NEGREIROS apud VALOIS, 2021, p.18).

Ao apreciar a ação proposta pelo partido político, o STF decidiu em caráter liminar pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, afirmando serem inconstitucionais, e, portanto ilegais as prisões do Brasil por ferirem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, porém, admitiu que as pessoas sejam encarceradas em tais penitenciárias.

Nesse liame, segue ementa da ADPF 347 MC / DF PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR - GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS, que exprime da seguinte forma:

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. (AURÉLIO, 2015, p.3).

Pode-se depreender que em nome da segurança pública, o Poder Judiciário, ora representado pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo reconhecendo a gravidade da situação prisional do Brasil com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário (VALOIS, 2021), relativiza o princípio da legalidade ao permitir que os encarcerados permaneçam presos a despeito da ilegalidade dessas formas de prisão, ou seja, admite que pessoas estejam presas ilegalmente.

É necessário o reconhecimento de que a decisão do STF é um avanço que abre margem para maiores discussões e buscas de efetivação dos direitos

esculpidos nos princípios fundamentais da Constituição regente, inspirada pelo espírito humanista que consagra a dignidade da pessoa humana, mas deve-se ter no horizonte que o Poder Judiciário, aquele legitimado a solucionar os conflitos legais, expõe grande fragilidade ao preterir a legalidade, o cumprimento da lei, em face de uma suposta segurança pública que ocupa a função de um dos poderes que compõem o Estado.

5.1. Evolução da aplicabilidade da pena e o exercício do poder de apenar

Nos primórdios dos tempos, o Código de Hamurabi ou Lei de Talião vigorava com fervor naquela época. Cabe destacar que com passar das décadas, o direito foi sendo renovado e reinterpretado por juristas, doutrinadores e por fim, se chega ao legislativo, ou seja, fontes superiores.

As medidas de aplicação da pena eram utilizadas para que se chegasse ao exercício de um poder sobre aqueles infratores. Em breve síntese, no tocante a construção, evolução e crescimento de aplicação de modalidade de pena (JUNIOR, 2019), era algo que afetava a coletividade como um todo, despertava curiosidade e ao mesmo tempo desavenças com os apenados causadores do fato delituoso, esta reação era baseada na religiosidade da época, desse ponto de vista as pessoas de maneira coletiva associavam a pena com vingança e não um instituto coator e reintegrador aplicável ao agente.

Nesse passo, diante da evolução dos institutos aplicadores do direito e de sanções coercitivas, surge a figura da forma de aplicação destas penas que na visão de AURY LOPES Jr.

O processo penal atrela-se à evolução da pena, definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados. Assim, a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça. (JUNIOR, 2019. p.36).

Diante disto, pode-se observar que as penas são aplicadas pelo juiz imparcial, com intuito não de transformar a pena em vingança, mas de forma coercitiva punir e reintegrar socialmente o indivíduo, dentro dos seus limites jurídicos estabelecidos pela legislação.

5.2. Do princípio constitucional relativo à proporcionalidade e razoabilidade

Este princípio visa trazer a ponderação da utilização da interpretação das normas valorativas e quanto a sua aplicabilidade ao ser humano e ao seu comportamento, natureza e conteúdo universal que abrange a aplicabilidade e ponderação da justiça, a forma e prudência como se toma esta aplicabilidade na sociedade. Segundo narra o doutrinador (CAVALCANTE, 2022), em sua obra:

Busca-se firmar com esse princípio, que deve haver equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios, pois, essas concessões, somente, devem ser operacionalizadas quando apresentadas como desdobramentos das virtudes universais supramencionadas. Em outros dizeres, essas concessões somente deverão ser conferidas aos detentores do poder de autoridade responsáveis pela concretização dos valores virtuosos universais. (CAVALCANTE, 2022.p.276.277).

Este princípio tem não somente a finalidade de buscar o equilíbrio entre aplicação de norma, poder e justiça, mas é abrangente também no que diz respeito aos valores universais que atingem uma totalidade, abrangendo leis espirituais em conformidade com as leis físicas, não deixando de lado as qualidades e a essência humana, prezada e assegurada pela Carta Magna de 1988.

5.3. ADPF N°347/ 2015

A ADPF n°347 de 2015, declara no acórdão, alguns problemas relacionados aos Sistemas Penitenciários Brasileiros, bem como a qualidade de convívios dos presidiários em suas celas diante de uma situação de inferior estrutura a estes apenados. Deve-se salientar que as condições massivas de custódia, as falhas de estrutura das prisões, as falhas de aplicação de penas no sentido de umas serem mais gravosas que outras, sem ao menos se ter certeza da condição criminal ou processual de cada indivíduo em sua totalidade, um sistema falho, sem monitoramento que acarreta numa geração de estado de inconstitucionalidade. Vale vislumbrar um pouco da essência que a ADPF n°347/2015 argui no teor do acórdão, a seguinte crítica a este Estado.

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. (ADPF, 2015, p.3).

Não obstante, segue-se o acórdão.

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL busca, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. (MELLO, 2015, p.8).

Por tanto, não há dúvidas quanto a obscuridade que decai face ao sistema prisional brasileiro e sua metodologia adversa a Constituição quanto às penalidades impostas.

Conclui-se, que se faz importante a verificação de como se dá à aplicabilidade dos dispositivos da CF/88 no tocante ao processo de desconstitucionalização de princípios fundamentais das normas, bem como se dá, a aplicabilidade do pacto de São José da Costa Rica nesse sistema de pena, a LEP/2015, CP, ADPF nº347 dentre outras fontes e doutrinas do direito, caso estas na prática fossem seguidas conforme expresso na legislação, com o devido monitoramento desta medida a fim de preservar à aplicabilidade e a materialização do ato de julgar do judiciário de fato. Se seguidas fossem, por exemplo, este passo, possivelmente o Brasil não estaria numa posição fragilizada no sentido de marginalização e superlotação dos presídios e a condição de insalubridade destes, o que leva a uma verdadeira escola de delinquentes.

Existe claramente a necessidade de o Estado criar a estrutura de controle mais rigorosa e eficaz como o da gestão e uma reforma dessa gestão penitenciária visando aprimorar através de órgãos específicos a modalidade de julgamento retrógrado quando as penalidades extremas e muitas vezes degradantes e que através disto, possa se enxergar a pena sob outro anglo, o aspecto também social não só o punitivo.

Cabe salientar alguns pontos relevantes quanto ao voto do Ministro Marco Aurélio de Mello antes da suspensão do processo. O primeiro ponto foi para que os Juízes e Tribunais declarem a motivação expressa para realizar a manutenção ou prisão provisória em casos que não se aplica medidas cautelares. Ainda direcionado

aos Juízes e Tribunais, para que estes obedecendo aos preceitos do pacto dos direitos civis e internacionais realizem a audiência de custódia no prazo máximo de 90 dias, e 24 horas para o comparecimento em juízo do preso ao contar do primeiro momento da prisão. O voto também salienta penas alternativas para aqueles que estão em situação de reclusão, tendo em vista a severidade de aplicação das normas serem contrárias ao que o ordenamento jurídico impõe.

Conclui-se que, o Estado de coisa inconstitucional abrange direitos fundamentais ao preso, a aplicabilidade de sentenças desproporcionais ao que a constituição assegura, não pode permanecer em vigência sem uma reforma. As prisões massivas, não melhoram a condição de segurança do Estado, uma vez que os presos não tem acesso aos meios necessários para viver com dignidade, nos presídios, e diante disto, o que seria motivador a uma ressocialização do preso, faz o efeito contrário, e gera mais criminalidade, violência e ódio à sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo trata sobre a constitucionalidade das penas degradantes face ao sistema prisional brasileiro, com enfoque no julgado pelo STF em cima da ADPF nº347 de 2015, sob-relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, o precioso julgamento trouxe em questão o exagero das sentenças em determinados casos criminais onde o judiciário pesa um pouco a mão nas sentenças sem observar os direitos e garantias do apenado conforme assegura a Lei de Execução Penal nº7.210/84s, direitos humanos e constitucionais.

O objetivo geral desta pesquisa é levar aos olhos da sociedade um tema não muito explorado e tão atual que é o exagero da pena, e a situação do presidiário, ou seja, a triste realidade das condições carcerárias às quais os presos estão submetidos diariamente. Estes além sofrerem as penas, muitas das vezes estas, desproporcionais ao ilícito penal, tem seu direito e ir e vir cerceados, em alguns casos, por mais tempo que deveria legalmente, além disso, ocorre o bloqueio do direito a ampla defesa e o contraditório ferindo assim inconstitucionalmente os direitos humanos destes apenados. Visivelmente a ADPF nº347 trás casos de milhares de presos que passaram pelo aumento de pena e encarceramento exacerbado, contra os princípios constitucionais humanos e de ressocialização, sabe-se que atualmente, todo indivíduo acusado de um crime, precisa passar pelas

etapas do inquérito policial e pela avaliação baseada na Lei de execução penal, para exaurir dúvidas acerca do crime praticado pelo autor do crime, e com isso, se imputar a pena adequada e proporcional, porém, infelizmente, na realidade a norma não se aplica ao caso concreto, vivemos um País de marginalização da pena.

No tocante às condições penitenciárias, a superlotação dos presídios se origina de um defasado julgamento do Poder Judiciário, pela falta de humanização e acolhimento dos princípios constitucionais e humanos ao delinquente, além de uma breve análise histórica acerca do surgimento de pena, prisões e sua evolução. Em regra, os delituosos pegos em flagrante não tem a oportunidade de se manifestar com o Juiz no tempo hábil pela demora da autoridade do Estado, acarretando numa prisão muitas vezes irregular. No tocante a estes fatos, quais seriam os direitos feridos do infrator pela pena degradante aplicada a ele? Muito embora seja um tema difícil de explicar, a realidade é que vários direitos individuais podem ser elencados como exemplos, sendo eles, o direito de ir e vir, direito à saúde, educação, a dignidade da pessoa humana muito contrariada no sistema carcerário, valores sociais e do trabalho, direitos também previstos na Lei de Execução penal a exemplo assistência jurídica, educacional. Social, religiosa, assistência ao egresso dentre vários outros direitos e princípios inerentes à existência humana.

Diante da narrativa fática explanada é imprescindível afirmar que, este artigo buscou a fonte científica balizadora para pesquisa em artigos científicos, doutrinas, jurisprudência, Lei de execução penal, Código Penal, ADPF n. 347/2015, constituição federal, pacto são José da costa rica, artigo de revista, pesquisas virtuais, e buscou sob uma visão metodológica a pesquisa descritiva e analítica sobre estes fatos inconstitucionais.

Nesse sentido, é de suma importância que futuros pesquisadores, analisem novos julgados e emendas constitucionais acerca do tema, com o objetivo de ampliar a extensão do conhecimento e da aplicação de pena, visando trazer novos entendimentos mais claros e concisos que de fato possam a ser aplicados na realidade do apenado, que dessa forma o preso possa ser visto como um indivíduo que precisa de ajuda para se ressocializar, mas que tratá-lo através da marginalização da pena, não é o caminho e sim a ruína. Desta feita, este estudo fica aberto a sugestões de melhorias, e mais pesquisas e amplitude à cerca do tema, no sentido de viabilizar o monitoramento dos presídios e aplicar de fato as normas constitucionais e assegurar os direitos individuais de cada preso.

REFERÊNCIAS

1.A HISTÓRIA DAS PRISÕES E DOS SISTEMAS DE PUNIÇÕES. **ESPEN Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário**, Curitiba – PR.

2.ALMEIDA, Florisvaldo Cavalcante d. **Direito Constitucional Transcendental: teoria da constituição**, Ilhéus BA: Ed do Autor, 2022.

3.ALVES, Amanda Gabriela. N, PEREIRA, Paulo Leonardo. B. **Audiência de custódia a luz do processo penal e a influência na diminuição da superlotação e encarceramento no sistema prisional Amapaense**, volume 02, N.2, p.1 ao 10, jul/dez, 2020.

4.ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de 09 de setembro de 2015. Processo nº 0003027-77.2015.1.00.0000 Dje Jurisprudência. **MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL**, STF, ano 2015. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560#informacoes>

5.BRASÍLIA. Lei nº 7.210, 11, jul 1984. **Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. N166 da independência, e 96 da república**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23, março 2022.

6.FIGUEIREDO, Stephanie, **O que é ADPF? Entenda o seu cabimento e efeitos da decisão**. Aurum, 2020. Disponível em <https://www.aurum.com.br/blog/adpf/>. Acesso em: 27 março 2022.

7.FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**, tradução de Raquel Ramallete. Ed. 42. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

8.FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 27.º ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. 288 p. v. F86. ISBN 85.326.0508-7.

9.GLOBAL, Justiça, **ONU descreve como cruel desumano e degradante o sistema prisional brasileiro. Justiça global**, 2016. Disponível em:

<http://www.global.org.br/blog/onu-descreve-como-cruel-desumano-e-degradante-o-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em: 27, março, 2022.

10.GRECO, Rogério. Sistema Prisional: **Colapso atual e Soluções Alternativas**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017.

11. HIGA, Carlos César. “Período Paleolítico”; *Brasil Escola*. Disponível em: <HTTPS://brasilecola.uol.com.br/historag/paleolitico.htm>. Acesso em 24, Nov, 2022.

12.INSTITUI A LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal. **Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**: Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

13.KAGUYAMA, João Vitor Caldas. A prisão e seus institutos ressocializadores previstos na legislação brasileira. **Biblioteca digital de monografia, Campus do Bacanga**. Universidade Federal do Maranhão, Maranhão, p.(10-87), Jul, 2018..

14.LOPES Jr, Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo SP: Ed. 16. Saraiva Educação, 2019.

15.MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**, revista Direito GV, julho, 2019.

16.Maia, R. A. S., Machado, M. de O., Vargas, T. C., & Oliveira, L. E. S. de. (2021). **SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O CUMPRIMENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL FRENTE AOS DIREITOS E DEVERES DO PRESO – REVISÃO** 2021. *Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação*, 10– 55.

17.MARQUES, Beatriz Cristina Fakh Leite. **Audiência de custódia no Brasil: avanço ou retrocesso?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 31 jul 2019, 04:39.

18.MARTINHO, Hélder. **As assistências previstas na lei de execução penal em tempos de pandemia: uma análise da penitenciária doutor francisco nogueira fernandes (alcaçuz)**. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas – CCSA, Rio grande do norte, p. (1 - 77), set, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/46869/1/As%20assist%C3%Aancias%20previstas%20na%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20em%20tempos%20de%20pandemia%20%20uma%20an%C3%A1lise%20da%20Penit>

[enci%C3%A1ria%20Doutor%20Francisco%20Noqueira%20Fernandes%20%28Alca%C3%A7uz%29%20Helder%20Gabryel%20Padilha%20Martinho%20%202021.pdf](#)

19.NEIVA. Inviolabilidade dos direitos fundamentais dos presos e a responsabilidade civil do Estado. **Revista Processus Multidisciplinar**, Distrito Federal, v.II, n.4, p. 1_13, jul, 2021.

20.NUCCI, Guilherme. **Curso de execução Penal**. 1º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 255 p. ISBN 978-85-309-7965-2. Disponível em: <file:///G:/TCC%20-%20II%20-%20DEFESA/Curso-de-Execu%C3%A7%C3%A3o-Penal-Guilherme-de-Souza-Nucci-2018.pdf>

21.RAMOS, Beatriz Drague. **Juízes diminuem penas por serem cumpridas em prisão degradante: “O sistema penitenciário brasileiro é ilícito”**. Ponte jornalismo, São Paulo, 1, set 2021. Disponível em: <https://ponte.org/juizes-diminuem-penas-por-serem-cumpridas-em-prisao-degradante-o-sistema-penitenciario-brasileiro-e-ilicito/#>. Acesso em: 27, março 2022.

22.RUSHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIAL**. 2ª edição. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 282 p. v. 3. ISBN 85-106-307-9.

23.TOMAZ, Altair G. Caixeta, Erika Tuyama, Edinaldo J. Moreira, **Colapso do Sistema Prisional**. REVISTA CIENTÍFICA. Paracatu - MG: Faculdade de Atenas, v. 11, n. 04, out. 2019. p. 02-20. Disponível em: http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/O_COLAPSO_DO_SISTEMA_PRISIONAL.pdf

24.VALOIS, Luíz. **PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: e o estado de coisas inconstitucional**. 2ª edição. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' PLACIDO, 2021. 194 p. v. 198. ISBN 978-65-55-350-2.