

**FACULDADE EVANGÉLICA DE SENADOR CANEDO/FESCAN
BACHARELADO EM DIREITO**

THALES VINICIUS VIEIRA ISAAC

**A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E A INCONSTITUCIONALIDADE
ESTRUTURAL**

Senador Canedo
2023

THALES VINICIUS VIEIRA ISAAC

**A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E A INCONSTITUCIONALIDADE
ESTRUTURAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Evangélica de Senador Canedo - FESCAN, sob orientação da Profa Me. Hellen Pereira Cotrim Magalhães.

Senador Canedo

2023

THALES VINICIUS VIEIRA ISAAC

**A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E A INCONSTITUCIONALIDADE
ESTRUTURAL**

Monografia apresentada no dia ____ de _____ de 2023 à Banca Examinadora do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Senador Canedo/FESCAN, constituída pelos docentes a seguir relacionados, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito:

Profa. Me. Hellen Pereira Cotrim Magalhães
Presidente

Prof. Leonardo Antônio de Almeida
Convidado

Dedico este trabalho a todos que participaram dessa jornada.

Agradeço à minha família, amigos, professores e à instituição pela qual estou prestes a me formar.

RESUMO

O presente trabalho versou sobre a execução penal no Brasil e a inconstitucionalidade estrutural sendo o seu objetivo trazer os principais pontos que afligem a situação carcerária nacional. Para isso, realizou-se um apanhado geral do cumprimento da pena e os direitos e deveres do preso; analisou-se a sanção penal sob o ponto de vista de seus objetivos e como ela deve ser aplicada no Brasil, considerando-se tratar um Estado Democrático de Direito; por fim, foi explicitada a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a execução penal no Brasil cuja base para tanto foi a ADPF 347 a partir da qual ficou caracterizado o reconhecimento da inconstitucionalidade estrutural dos presídios brasileiros. A pesquisa é essencialmente bibliográfica, com subsídio em doutrinas de direito constitucional e processo penal, além de artigos científicos que se relacionam com o tema em estudo.

Palavras-chave: Execução. Penal. Brasil.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| CAPÍTULO I - O CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 11 |
| 1.1 Cumprimento da pena: tipos e regimes..... | 12 |
| 1.2 A figura do preso: direitos e deveres..... | 14 |
| 1.3 Questões penais e o supremo tribunal federal | 17 |
| CAPÍTULO II - A SANÇÃO PENAL E SEUS PROPÓSITOS | 21 |
| 2.1 Teorias da pena | 22 |
| 2.2 A sanção penal no Estado Democrático de Direito e princípios relacionados..... | 25 |
| 2.3 Princípios relacionados com a aplicação da pena | 27 |
| 3 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E A INCONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURAL | 31 |
| 3.1 O grave problema da execução penal no Brasil sob o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional | 32 |
| 3.2 A inconstitucionalidade estrutural da execução penal brasileira | 35 |
| CONCLUSÃO | 40 |
| REFERÊNCIAS..... | 42 |

INTRODUÇÃO

Superlotação, ambiente insalubre, celas desprovidas de iluminação, alimentação inadequada, efetivo de servidores aquém do necessário, são somente alguns dos principais pontos reveladores do quadro de problemas estruturais do sistema carcerário nacional.

Em razão disso, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL – em 2015 ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – ADPF 347 – com a finalidade de questionar a gestão prisional do país dadas as condições desumanas em que a execução penal vinha sendo conduzida (BRASIL, 2016).

Diante disso, o presente trabalho tem como norte orientador as seguintes perguntas: Qual é o cenário do cumprimento da pena no Brasil? Pode-se dizer que ele é inconstitucional?

O Estado não deve restringir o respeito aos direitos fundamentais somente em relação aos que não infringem as normas do ordenamento jurídico, mas também com aqueles que, mesmo sendo delinquentes, estão sob a custódia estatal, já que é de sua responsabilidade, por eleição de seus componentes, criar e aplicar o estatuto repressor por excelência, que o direito penal (VIEGAS, 2022).

Desse modo, considerando a situação dos apenados no Brasil, mormente os encarcerados, é questionável se o Estado está cumprindo o seu papel, haja vista que vem sendo presenciado pelo país o problema da superlotação e rebeliões nos presídios, situação agravada na maioria das vezes pela imensa quantidade de presos provisórios ou pessoas cujo a pena já deveria estar extinta ou declarada cumprida. Do mesmo lado desta situação, verifica-se ainda a estrutura precária dos presídios, com uma engenharia e gestão totalmente desfavoráveis à implantação de medidas sociais adequadas para a reintegração do apenado à sociedade (BEÇAK; LOPES, 2019).

Em face desta conjuntura de fatores, muitas são as respostas requeridas, mas, a primeira delas, acredita-se, está no reconhecimento do Poder Público de que a sua omissão é que tem gerado estas consequências e ela é flagrante e perenemente inconstitucional enquanto assim permanecer. Além disso, espera-se que os responsáveis venham apresentar uma agenda que de fato caminhe para a

superação deste quadro. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional é uma perspectiva desta solução que será explorada por esta obra (DEPRÁ; VALER, 2015).

Este trabalho tem como objetivo principal a análise da execução penal no Brasil e sua inconstitucionalidade estrutural no que diz respeito ao caso dos presídios brasileiros com foco nas falhas estruturais do sistema e a maneira como o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a questão a responsabilidade decorrente.

Na perspectiva acadêmica é preciso salientar que esta obra contribui para que se obtenha maior compreensão constitucional sobre o tema das prisões brasileiras, já que o seu viés temático perpassa não só pela análise do direito penal propriamente dito. Tal análise engrandece a importância científica do tema pela maneira interdisciplinar que aborda uma das principais mazelas sociais do país.

Com isso, a sociedade tem muito a ganhar com a pesquisa, porque evidencia não só com críticas o problema das prisões brasileiras, mas apresenta uma possível solução para a questão, aproveitando-se, neste caso, da forma proativa com que o Supremo Tribunal Federal tem encarado a questão.

O método dedutivo é aquele segundo o qual, obedecendo a um raciocínio lógico oriundo de suas premissas, apresentará uma conclusão verdadeira. O presente trabalho fez utilização desta abordagem metodológica, pois considerou cada parte de seu trabalho um ponto verdadeiro, editado logicamente e estrategicamente para se comprovar a veracidade das afirmações previamente levantadas.

O auxílio empregado dentro da mencionada metodologia para arrebatar informações foi o da técnica bibliográfica. O principal material coletado partiu da doutrina de direito constitucional, direito penal, processual penal e jurisprudência.

Por fim, baseado na metodologia adotada, esta pesquisa seguiu a estrutura básica de três capítulos, cada qual representando um assunto dentro do tema com a finalidade de embasar as conclusões do trabalho.

Os tipos de cumprimento de pena e os direitos do apenado no ativismo do Supremo Tribunal Federal foi objeto do primeiro capítulo. Num primeiro momento foram apresentadas as gradações de regime como elemento justificador da individualização da pena. Em seguida, quanto aos direitos do preso, estes foram

abordados sob um olhar não só doutrinário, mas jurisprudencial, com estudos que contemplaram o ativismo da Suprema Corte brasileira.

O segundo capítulo fez rápida incursão sobre a sanção penal e discorreu sobre as principais teorias que buscam justificar a pena. Consignou-se também a abordagem dos princípios que talham a finalidade da pena no Estado Democrático de Direito. O propósito deste ponto foi trazer à tona como a pena deve ser encarada cientificamente.

Responsável pelo encerramento da obra, o terceiro capítulo abordou o sistema carcerário brasileiro e sua inconstitucionalidade estrutural por omissão estatal, momento em que foi apresentada pesquisa estatística e sociológica que contemplou o quadro atual dos presídios brasileiros e a flagrante omissão do poder público.

CAPÍTULO I - O CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A pena como preceito secundário do tipo penal é a consequência do crime. Esta, no entanto, quando se observa o direito repressivo no Estado Democrático de Direito, precisa ser balizada em parâmetros pré-definidos e com critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Em razão disso é que existem alguns tipos de cumprimento de pena, além de regimes diferenciados para cada pena sofrida e vários dispositivos espalhados pelo ordenamento jurídico especificando o tema com a máxima precisão possível para que se evite injustiças (MASSON, 2019).

A seleção dos principais bens jurídicos que estão sob a tutela específica do direito penal requer penas que sejam também compatíveis com a gravidade de eventual afronta a eles. O propósito de tudo isso é dar estabilidade à ordem jurídica de maneira que o direito seja capaz de cumprir com sua missão (GRECO, 2022).

Diante destes pontos fundamentais a respeito da pena estão também os direitos do apenado. Na dimensão brasileira conta-se com uma legislação avançada e bem estruturada do ponto de vista formal quando o assunto é execução penal, é, por certo, o que trata a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 que institui a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Presencia-se, no entanto, que a legislação em questão tem aplicabilidade meramente formal, pois, quando se observa o panorama nacional no que se refere às condições dos apenados, existe um imenso distanciamento da aplicação material da Lei de Execuções Penais (JESUS, 2019).

Em razão disso, tem-se assistido com frequência a atividade judicial com muito mais pro-atividade na seara penal do que em outros tempos, de maneira que tal postura tem suscitado críticas positivas de alguns setores da sociedade como também tem atraído desaprovação de outros (ESTEFAM, 2022).

Essa dimensão de discussão revela a sinuosidade do tema. Os pontos que dizem respeito ao cumprimento da pena em geral no contexto do Judiciário brasileiro especialmente da Suprema Corte ensejam reflexões profundas (BURG, 2022).

Ante a isso, o presente capítulo abordou os regimes de cumprimento de pena no contexto doutrinário, passando pelos direitos do apenado enquanto preso de determinado estabelecimento e custodiado pelo Estado e, o ativismo da Suprema Corte nacional sobre o tema.

1.1 Cumprimento da pena: tipos e regimes

Do estudo até agora encampado a conclusão que se chega é que a pena é uma resposta do Estado aos infratores da lei penal. Estes, após se submeterem ao devido processo legal garantido constitucionalmente, se condenados, poderão sofrer as sanções previstas na legislação (MASSON, 2014, p. 644).

Dependendo da gravidade do fato imputado ao apenado a sanção pode ser de variadas formas, sendo que, quanto mais reprovável a conduta, mais severa será a repressão institucional do Estado, já que se supõe que a conduta tem grau de reprovabilidade maior (MASSON, 2014).

Com isso, estabeleceu o Código Penal que “Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”, sendo que cada qual ocupa o seu espaço de gravidade para a pessoa do apenado (BRASIL, 1941).

Em razão do propósito deste trabalho, as penas estudadas no presente capítulo, especialmente no que diz respeito aos regimes, contemplarão apenas os modos de execução das penas privativas de liberdade tendo como base, especialmente, o próprio Código Penal a respeito do tema (GRECO, 2022).

Deste modo, os regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade são os seguintes, segundo estabelecido pelo Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. (BRASIL, 1941).

A primeira constatação diz respeito à forma inicial de cumprimento de pena, que, se for a reclusão, necessariamente ela abarcará três etapas conforme a quantidade de pena, qual seja, regra geral, se o apenado for condenado a mais de oito anos, o regime será o fechado, entre quatro e oito, semi-aberto, menos de quatro, aberto conforme expressão do próprio Código Penal que, como se era de esperar, detalha bem o assunto (MASSON, 2019).

Caso a pena cominada seja a de detenção, então, conforme explicado por Cleber Masson (2019, p. 864) a pena de detenção deve ser cumprida “inicialmente em regime semiaberto ou aberto. Não se admite o início de cumprimento da pena privativa de liberdade no fechado, nada obstante seja possível a regressão a esse regime”.

Está presente diante dos olhos que o Código Penal foi bastante didático na explicação conceitual dos regimes de pena, sendo que, conforme se depreende da própria dicção legal, o regime fechado, mais grave, evidentemente, tem como premissa fundamental o início de cumprimento de pena recluso totalmente em presídios de segurança máxima ou média (GRECO, 2022).

Quanto ao regime semiaberto, trata-se daquele que a execução da pena se dá em estabelecimentos específicos que permitam o apenado exercer atividade profissional. Aqui o objetivo é não só a reinserção do preso na sociedade como também a remissão da pena. Deste modo, conforme explicitado por Greco, o “trabalho do condenado em regime semiaberto possibilita, também, a remição de sua pena, na proporção acima mencionada, ou seja, três por um (três dias de trabalho por um dia de pena)” (GRECO, 2022, p. 492).

Pelo que estabelece o regime aberto “a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado”. O Código foi claro em definir que “Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (BRASIL, 1941).

Ainda sobre este regime, esclareceu Masson (2019, p. 704):

A pena é cumprida na Casa do Albergado, cujo prédio necessita situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e

palestras. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (LEP, arts. 93 a 95).

Ainda que a regressão de regime seja possível e previsto textualmente na legislação penal competente, o sistema das penas privativas de liberdade como um todo trabalham com a lógica da gradação da gravidade da pena de acordo a maior censura do fato delituoso, mas, salientando a necessidade também da progressão de regimes mais severos para os mais amenos à medida que o condenado ostente determinadas qualidades objetivas e subjetivas (BRASIL, 1943).

O objetivo da progressão de regime ostenta a qualidade de reinserção do indivíduo no convívio social através de seus méritos, pautados, geralmente, pelo bom comportamento e demonstração de que está se recuperando para o retorno à sociedade. Segundo explanado por Rogério Greco:

O § 2a do art. 33 do Código Penal determina que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado. A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social. (GRECO, 2022, p. 494).

Nessa conjuntura o apenado que se adequar ao que a legislação determina terá direito à progressão, não podendo, conforme estudado no próximo tópico, aguardar em regime mais severo por falta de vagas. Deste modo, o próximo passo foi dado na direção de analisar os direitos do apenado dentro do conjunto da obra que abarca os regimes de cumprimento de pena (MASSON, 2019).

1.2 A figura do preso: direitos e deveres

A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) dispõe em seu corpo textual de artigos que contemplam uma via de mão dupla que diz respeito ao preso e ao Estado. Trata-se dos deveres¹ e direitos² do custodiado.

¹ Dos deveres do preso segundo a Lei de Execução Penal:

Da composição exposta nesta legislação é comum afirmar que o Estado dispôs sobre um verdadeiro estatuto do preso, seja ele definitivo ou provisório. No seu apanhado, são regras de boa convivência em que de um lado se coloca o executor da pena e a pessoa a quem foi imposta a sanção, sendo que, de ambos os lados, deve existir reciprocidade de trato (MARCÃO, 2019).

Destaca-se a fala de Renato Marcão, segundo o qual o rol dos direitos e deveres do apenado é um verdadeiro código de postura carcerária, mas, não raras vezes muito distante da realidade diária do preso (MARCÃO, 2019).

Outrossim, o rol dos direitos e deveres do preso é meramente exemplificativo, já que decorre da Constituição Federal, do Código Penal e

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposita aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

² Dos direitos do preso segundo a Lei de Execução Penal:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (BRASIL, 1984).

Processual Penal, além das variadas legislações esparsas, outro agregado de normas que disciplinam a relação existente entre o Estado e o apenado, tudo com o fim de minudenciar os vários aspectos que envolvem a execução penal (BITENCOURT, 2022).

O objetivo de uma disciplina sobre os deveres do preso, entre outros, contempla, na explanação de Avena, o seguinte:

Além dessas obrigações que são consequência da natureza própria da penalidade imposta, no entanto, outras são atribuídas pela LEP, tal como ocorre no art. 39, onde listados os deveres dos condenados, e cuja violação pode acarretar a aplicação de medidas disciplinares e interferir na aferição do mérito pela administração carcerária e pelo juízo da execução no momento de deliberar sobre a concessão ou não de benefícios (AVENA, 2015, p. 86).

Fatores que levam em conta este panorama no sistema de execução penal requer a reflexão que contempla a necessidade de o preso se adequar às normas impostas pelo Estado. Em contrapartida isso lhe trará benefícios previstos em lei, sendo que alguns requisitos são de ordem objetiva e outros subjetivos, constituindo-se de um lado dever do Estado e de outro direitos do apenado em cumprimento de sentença condenatória (CAPEZ, 2019).

O complexo de deveres do Estado para com ao apenado também é revestido de imensa relevância, sendo que entre as principais obrigações estão as que determinam o cumprimento da pena em condições que de fato expressem a dignidade da pessoa humana. O descuido estatal tem atraído consequências graves e, considerando este panorama, a legislação formalmente procura instrumentalizar meios adequados para cumprir a pena (BITENCOURT, 2022).

Certamente, conforme explanado pela maciça doutrina brasileira, o grande desafio do Estado frente aos seus custodiados é assegurar-lhes condições dignas para cumprir a penalidade que este lhes impôs, *máxime* a conservação da integridade física, pois, de acordo se tem notícia nos meios de comunicação popular e nacional, as mortes de presos são uma preocupação quase incessante no cotidiano dos presídios (AVENA, 2015).

1.3 Questões penais e o supremo tribunal federal

O tema do ativismo judicial está entranhado na necessária discussão, ainda que sucinta, da separação de poderes, mesmo em questões de execução penal. Luís Roberto Barroso, ministro do STF, em sua doutrina de direito constitucional salientou que o objetivo de se reforçar a repartição do Poder de determinado Estado entre poderes diferentes, visa coibir que se estabeleça um Poder Absoluto que não aceita ser contestado (BARROSO, 2015).

Isso tem implicações profundas no processo de atuação dos Poderes da República, já que a Constituição Federal de 1988 estabelece que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Por vezes, no entanto, a atuação de determinado Poder da União causará de alguma forma o controle dos demais, inclusive atraindo críticas dos especialistas. Essa questão é muito comum quando diz respeito à atuação do Judiciário com decisões que contrariam os interesses e atuação do Legislativo e do Executivo, seja por comportamento comissivo ou omissivo destes dois últimos (MENDES; BRANCO, 2018).

Ao analisar a dimensão da questão, Carlos Ayres Britto entabulou a seguinte observação:

Discutir o Ativismo Judicial é uma pauta que desperta interesse acadêmico e opiniões antagônicas. O termo foi utilizado pela primeira vez pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger que, em 1947, publicou artigo na revista Fortune, intitulado “The Supreme Court: 1947”. Embora haja alguma discordância sobre o que é ativismo judicial, Luis Roberto Barroso, Ministro do STF, afirma que, para além de uma atitude, o ativismo é, também, o Judiciário expandindo suas próprias competências com o objetivo de determinar políticas públicas e corrigir lacunas legislativas, baseado na interpretação constitucional. (BRITTO, et. al. 2015, p. 5).

Nesta seara de análise permeia a discussão dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, pois, conforme observado no comentário anterior, a Corte Suprema do país tem ampliado as questões nas quais deve intervir, fruto de uma interpretação mais ousada que outrora se assistia e assim, vários são os temas

de interesse que passam pelo ativismo judicial no Brasil, atraindo a atenção dos estudiosos (BRITTO, 2015).

Admite-se, em princípio de análise do ativismo judicial, que o tema é demasiadamente controverso, especialmente o que seria de fato ativismo judicial. No entanto, isso não impede de dizer que em certa medida esta participação mais fluída do Judiciário nas questões sociais, políticas e econômicas, em geral levam à criação judicial do direito que, para alguns, se traduz num aspecto negativo³ e, em contrapartida, para outros é algo até mesmo necessário em tempo de omissão legislativa contumaz (COELHO, 2015).

Muitas são as questões envolvidas nestas discussões, geralmente com uma pauta movimentada em face de omissão legislativa ou mesmo por uma atuação temerária dos legisladores quando agem de maneira inconstitucional. Pode-se afirmar que quase todos os temas de relevância e vulto social são judicializados pelas partes interessadas no debate (COELHO, 2015).

Esta participação mais ousada do Supremo Tribunal Federal, segundo o ponto de vista de Barroso, se deu, entre outras, pela seguinte e principal razão de uma crise sem precedentes de representação da vontade popular pelo parlamento. Com isso, segundo ainda expôs o renomado autor:

Essa crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do mundo, fortalecimento do Poder Executivo. Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2015, p. 39).

O embasamento das novas atitudes chamadas de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal é a expressão das angústias da sociedade. Na falta de representação daqueles que foram eleitos para legislar e suprir as lacunas em que os fatos da vida se enquadram, o Judiciário, e especialmente como guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, é chamado a resolver a celeuma (BARROSO, 2015).

³ Ativismo judicial é o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo (BULOS, 2015, p. 442).

Nesse contexto todo se faz presente decisões que afetam os variados ramos do direito, sendo que entre eles se destaca o penal e processual penal. Dificilmente se assistirá uma semana dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sem que alguma decisão na seara criminal não tenha sido tomada com intensa e profunda repercussão geral e abstrato, atingindo a sociedade como um todo. Na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro, acompanhar as decisões da Corte Suprema nacional é medida necessária para quem deseja estar atualizado com as questões jurídicas relevantes do país (AVENA, 2015).

Por fim, para que se tenha uma ideia de como é demasiado importante as decisões do Supremo na seara penal podem-se valer, do ponto de vista mais recente, da Súmula Vinculante nº 56 e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246 trazendo inovações no mundo jurídico que até então não se sentiam.

Quanto à Súmula Vinculante nº 56, que é a mais nova editada pelo STF, estabeleceu-se 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” (BRASIL, 2016).

A questão de fundo aqui dizia respeito à maneira pela qual o sistema que envolvia a Execução Penal estava conduzindo a situação daqueles que tinham direito à progressão de regime menos severo, mas, por falta de estabelecimentos adequados, mantinham a condição do apenado. A Corte Suprema ao analisar a questão determinou, inclusive por meio de Súmula Vinculante, o afastamento dessa manutenção mais severa ao sentenciado (DEPRÁ; VALER, 2015).

Noutro caso emblemático, mas com agravamento da condição dos eventuais condenados, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o cumprimento da pena poderia ser desde logo exigido após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que o caso fosse passível de manejo ou pendesse Recurso Especial e/ou Extraordinário (VIEIRA JR., 2015).

Esse caso, conforme o julgado abaixo, demonstra como o relator que reconheceu repercussão geral ao caso decidiu sobre a questão:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016).

Com apenas estes dois exemplos mencionados é possível ter a dimensão de como o Supremo Tribunal Federal pode influir na vida de toda a sociedade brasileira através de suas decisões (DEPRÁ; VALER, 2015).

É clara a percepção de que na seara do direito penal isso é ainda mais evidente, pois, por se tratar da liberdade das pessoas, o ativismo judicial tem muito a interferir neste contexto, conforme se verificará no decorrer deste trabalho (AGRA, 2018).

CAPÍTULO II - A SANÇÃO PENAL E SEUS PROPÓSITOS

De maneira genérica, a afirmação segundo a qual todo homem é um ser que tem necessidade de se relacionar, encontra respaldo em toda a dimensão histórica humana. Desde os mais primitivos dos homens, a associação para fins comuns fez parte de sua caminhada, requerendo, para tanto, a edição de regras mínimas para se pudesse garantir um mínimo de convivência em sociedade. (FERRAZ JUNIOR, 2003)

Tudo isso é para proteger o seu contexto vivencial, já que, segundo Ferraz Junior (2003, p. 43), “como único ser dotado de qualidades biopsíquicas de tal ordem que o fazem dominador da natureza - acaba por constituir um outro mundo, somente seu, o mundo cultural” e neste produz os seus bens que, em regra, se tornam selecionados pelo ordenamento jurídico em gradações de proteção, sendo que os mais importantes ficam a cargo do direito penal (FERRAZ JUNIOR, 2003).

Ciente desse pressuposto, é consignado como consenso entre os especialistas que a convenção social para que determinados bens jurídicos estejam sujeitos à disciplina e obtenham força normativa, envolve todo um processo que, seja nas formas mais primitivas, ou modernas, requer a institucionalização do direito de punir, isto é, de aplicar alguma medida que dê resposta à infringência da norma. (FERNANDES, 2010)

Até porque, viver numa sociedade sem delinquência é, na perspectiva da criminologia de Fernandes (2010), algo praticamente impossível, pois independente da justificativa que se queira dar para este fenômeno, o certo é que ele se fez e continua a se fazer presente no percurso histórico humano (FERNANDES, 2010).

Neste particular as palavras de Fernandes (2010, p. 59) notificam que:

Ora, o crime é um fenômeno social e a criminalidade depende do estado social tenha o delito sua gênese em um fator biológico ou endógeno ou numa causa mesológica, ou até na combinação desses fatores internos e externos, é inegável que o crime é uma manifestação de vida coletiva, não fosse a existência de apenas duas pessoas consideradas em um grupo social.

Nessa perspectiva, o estudo que envolve a delinquência exige uma análise de algumas teorias justificadoras da sanção penal, já que, atrelado ao que é

adotado no Brasil, é necessário fazer esta apresentação como meio de se verificar como e se este ponto tem sido observado pela forma com que a aplicação e a execução da pena estão sendo conduzidas, especialmente quando se vivencia um amontoado de apenados que só aumentam a cada dia e as estatísticas da criminalidade igualmente só crescem (PRADO, 2019).

Dessa forma, passando pelos propósitos da pena – punir o mal injusto e reeducar o apenado para seu reingresso na sociedade – passa-se a apresentar algumas das teorias justificadoras (PRADO, 2017).

2.1 Teorias da pena

No âmbito do direito penal, a sanção comporta as modalidades pena e medida de segurança, sendo aquela um ato estatal capaz de infringir ao apenado restrição institucionalizada e permitida pela legislação a algum de seus direitos fundamentais, como é o caso da liberdade de locomoção, por exemplo. (CAPEZ, 2019)

A sanção penal tem seu lugar concentrado em aspectos criminológicos quando se refere às suas justificativas, muito embora, é verdade, as doutrinas de direito penal trabalhem este instituto sob o ponto de vista das teorias que procuram dar-lhe a finalidade de seus motivos. (BITENCOURT, 2022)

De uma forma em geral é característica das normas jurídicas que para terem aplicabilidade e induzir comportamentos, não abrem mão de não só prever direitos, mas também de cominar sanções frente ao seu descumprimento. Sem isso, a norma não produziria o efeito esperado de fazer com que as pessoas cumpram as suas determinações (CAPEZ, 2019).

Nesse contexto, descumprindo as normas jurídicas, vai nascer para o legitimado o interesse de provocar o Estado para aplicar a norma de maneira forçada.

Neste particular,

Ficou bem sedimentada a ideia de que a coerção e monopólio do Estado, seja através da coação psicológica, seja através da coação física, exercida

sobre os indivíduos. Consequência lógica desse monopólio é que qualquer indivíduo, na qualidade de titular de um direito violado ou ameaçado de violação, terá que recorrer ao Estado para conseguir a reparação ou a defesa desse direito, juridicamente tutelado, uma vez que é negado a cada um fazer justiça com as próprias mãos (SECCO, 2022, p. 182).

Ao considerar esta realidade intrínseca das normas penais, vislumbra-se essencialmente necessário que a sanção, ao menos em Estados democráticos em que o império da lei seja respeitado, tenha uma finalidade que coadune com os pressupostos de respeito aos direitos e garantias fundamentais mínimos, tais como previsão expressa e antecipada da conduta e a sanção correspondente pela infração e normas de processamento para sua aplicação (GRECO, 2022).

É fora de dúvida que a pena por descumprimento de uma ordem jurídica, por mais primitiva que seja, é muito antiga. Relembre-se, por exemplo, a Lei de Talião, aplicada na Babilônia, sociedade clássica por excelência, sendo que aplicou o mesmo sistema o povo hebreu. Ademais, outras formas de penalidades com caráter retributivo foram também aplicadas pelo povo grego e romano. (GRECO, 2022)

Quanto à Idade Média, Bitencourt afirmou as características mais comuns sobre a sanção do direito nesta quadra histórica:

Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico. (2022, p. 217)

Neste mesmo sentido a pena tinha um caráter meramente de retribuição pela infringência das normas, mas, além disso, tinha o cunho de serem aproveitadas estas ocasiões para aflorar os mais profundos desejos de crueldade, servindo tão somente, conforme afirmou Greco (2022, p. 472) “na qual os exemplos do passado deviam servir tão somente para que não mais fossem repetidos”.

Na dimensão contemporânea, com feições modernas, contemplando estudos científicos que levaram em conta os propósitos da sanção penal através da institucionalização estatal afloraram, grosso modo, teorias absolutistas, relativas e

ecléticas (GRECO, 2022).

Segundo a teoria absolutista, a pena tem como sua principal finalidade o pagamento pelo erro cometido por aquele que se desvia de uma conduta esperada segundo os preceitos legais. Não se vislumbra outro propósito que não seja fazer com que o infrator da ordem jurídica seja dura e exemplarmente penalizado como um fim em si mesmo, restringindo-se a fazê-lo sofrer pelo mal cometido.

Na opinião de Greco:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de "pagamento" ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator (GRECO, 2022, p. 473).

A articulação legislativa penal tem seguido esta tendência em muitos lugares pelo mundo, sob a justificativa de que parte, senão a quase integralidade da delinquência, tem raiz na falta de aprisionamento do infrator, quando na verdade "compreendendo toda uma gama de relações sociais, o ato criminoso é muito mais do que mero acometimento ilícito de um indivíduo". (FERNANDES, 2010, p. 199)

Outrossim, a justificativa defendida por esta visão tem fulcro no conhecimento superficial dos verdadeiros motivos da criminalidade apurados em estudos sérios e científicos (CAPEZ, 2019).

Deste modo, a mídia, influenciadora de opinião que é por excelência, ignora o campo de conhecimento específico da matéria e encampa uma linguagem coloquial falaciosa e de senso comum, provocando verdadeiro descrédito das teorias que foram construídas durante longo e árduo período histórico, baseado em extenso campo de conhecimento empírico e experimental. (CAPEZ, 2019)

Fala-se ainda e teoria da prevenção, que segundo explicado por Estefam (2022), tem como base uma ideia de aplicação da pena como pressuposto não só de reprovação do ilícito, mas também de prevenir futuros ilícitos por parte da pessoa apenada.

Nesse contexto, tem-se falado na doutrina que o Código Penal brasileiro, no seu art. 59, adotou parcela da teoria da prevenção, já que o dispositivo menciona

que o magistrado na dosagem da pena deverá levar em conta o aspecto não só da reprovação, mas também de prevenção. (CAPEZ, 2019)

Também é discutido na doutrina a teoria eclética, que, como o próprio nome induz a crer, combina mais de uma teoria. Nesse ponto, entende-se que a pena deve não só reprovar o ilícito e punir pelo mal injusto cometido, mas também deve trazer a regeneração da pessoa apenada. (GRECO, 2022)

Quando se olha, mais uma vez, para o art. 59 do Código Penal, é majoritariamente aceito que o Brasil adotou essa teoria, haja vista que há clara e expressa determinação para que o magistrado leve em conta uma aplicação voltada para a retribuição pela infração cometida, mas também prevenção e a regeneração do sentenciado. (BITENCOURT, 2022)

2.2 A sanção penal no Estado Democrático de Direito e princípios relacionados

Com fundamento nas afirmações encabeçadas no início do presente capítulo, encontra-se aqui o momento oportuno para a análise de alguns princípios que tem maior proximidade com a aplicação da pena no chamado Estado Democrático de Direito, já que este é pressuposto indissociável dos princípios que devem nortear a pena num plano Constitucional democrático consolidado como é o caso brasileiro. (JESUS, 2020)

A maneira de ver o Estado Democrático de Direito e os seus princípios tem influência direta sobre os elementos norteadores da pena, razão pela qual o seu estudo se faz necessário. Portanto, a análise a partir de agora procurou traçar as linhas mestras do Estado Democrático de Direito juntamente com os princípios ligados a aplicação da sanção em matéria penal (JESUS, 2020).

O direito penal é uma parte de um todo muito mais extenso, sendo que seus valores e bases estão também fincados num conjunto de normas superiores oriundas da Constituição que define a opção política do Brasil quanto ao tipo de Estado. Por isso que dissociar o estudo de qualquer matéria do direito moderno em países em que se pretendem democráticos sem levar em conta os pressupostos do Estado Democrático de Direito é praticamente impossível, pois, na dicção certa de

Pacelli e Callegari (2019, p. 12):

O Estado Democrático de Direito, portanto, como a organização política de determinado agrupamento social (tradução livre e asséptica dos tradicionais elementos do Estado, como nação, território e povo), fundada no reconhecimento dos direitos humanos e na sua positivação em nível constitucional (direitos fundamentais), irradia consequências em vários setores da ordem jurídica.

Com este assento preliminar sobre a matéria, evidencia-se um das mais caras conquistas modernas quanto aos pontos legitimadores de um Estado moderno e sempre contemporâneo às necessidades e anseios da soberania popular, quando se tenta superar a mera igualdade formal para dar concretude à isonomia material. (CAPEZ, 2019)

Nesse diapasão, discorre-se que os bens jurídicos escudados sob o manto do direito penal estão numa relação direta com os ditames elencados no Estado Democrático de Direito. Sem considerar esta realidade, perde-se de vista o real sentido que se deve empregar ao estatuto repressor institucionalizado pelo Estado (CAPEZ, 2019).

Deste modo, quando se remete ao tema em questão, a doutrina constitucional sustenta que “A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia”. (BARROSO, 2013, p. 126)

No que se refere ao constitucionalismo, assenta-se na doutrina mais abalizada que se trata de um movimento que tem suas bases compreensivas num contexto histórico de imposição de uma Lei Maior que venha a servir de obstáculo ao alvedrio momentâneo dos governantes, já que uma de suas principais finalidades é justamente delimitar a atuação dos governantes e descrever um rol mínimo de liberdades individuais que não podem ser suprimidas senão em virtude de uma lei prévia e de acordo com a Constituição. (MENDES; BRANCO, 2018)

Na seara da democracia, cravou-se que, “por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria”, princípio este elencado na Constituição Republicana Brasileira de 1988 e importante marco para que as normas sejam dignas de validação social adequada (MENDES; BRANCO,

2018).

Com estas duas bases constitutivas, o Estado Democrático de Direito é importante e indispensável instrumento para o direito penal contemporâneo, abalizado em princípios que ostentam as conquistas deste novo século de direitos e garantias fundamentais. É sabido que nem sempre os Estados estavam sujeitos a este tipo de controle, períodos estes que davam ocasião para os mais impensáveis absurdos na seara penal. Nesse rumo, Capez afirmou:

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional. Não se admitem mais critérios absolutos na definição dos crimes, os quais passam a ter exigências de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito). (CAPEZ, 2019, p. 33)

Por certo, ainda é possível anuir ao pensamento segundo o qual o Estado Democrático de Direito veio a consolidar uma visão mais específica ao caso concreto sobre a aplicação do direito penal (CAPEZ, 2019).

Cite-se, como exemplo, no caso de homicídio, que a norma penal contida no art. 121 do estatuto repressor brasileiro, comina a pena de prisão, deste modo, “a norma, em sua friezsa formal, apenas prescreve: deve ser punida com uma sanção a conduta de matar”, mas, nem sempre, condutas formalmente aí descritas estarão sujeitas ao mesmo tipo de pena, sendo que até mesmo poderão ser isentas de tal aplicação. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 93)

A norma penal sob esta forma de Estado, portanto, visita sempre as peculiaridades e lhes imprime o mais justo para cada caso, se afastando dos extremos, equilibrando o ordenamento jurídico segundo os ditames da justiça e da paz social (GRECO, 2022).

2.3 Princípios relacionados com a aplicação da pena

No âmbito da conjuntura do ordenamento jurídico convivem lado a lado as

regras e os princípios, cada qual com seu ponto de importância para a aplicação do direito, logo, para o campo da interpretação. No campo dos princípios afirma-se:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90)

A configuração do direito moderno passa necessariamente pela formulação de um conjunto de princípios que dão organicidade ao ordenamento jurídico. Conforme as lições do autor supra referido, a principiologia serve para ampliar a maneira de ver as regras que, limitadas em muitos casos à mera subsunção, nem sempre, são suficientes para dar solução aos problemas postos ao aplicador do direito aos casos fáticos da vida (ESTEFAM, 2022).

Com fulcro nesta base de conceito e propósitos dos princípios, o presente item da obra fez uma abordagem sobre os princípios que regem de forma muito próxima o viés norteador da pena. Nesse caso, prestigiou-se uma análise que leve em conta a dinâmica expressiva dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, especialmente os que tangem diretamente o direito penal e processual penal (JESUS, 2020).

Em razão disso é preciso ponderar sobre o lugar de um dos mais importantes princípios que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana (GRECO, 2022).

Assim, por dignidade da pessoa humana se compreende que é um âmbito mínimo de proteção dada à pessoa considerada em si mesmo. Nas discussões que envolvem a definição deste princípio, é comum considerar que é um dos princípios que decorrem de uma intuição lógica, qual seja, a de que a pessoa é detentora de certos direitos básicos sem qualquer necessidade de demonstração de preenchimento de requisitos, pois, o rol de direitos elementares de que goza, decorre pelo simples motivo de ser integrante da humanidade, como é o caso do direito à vida. (MENDES; BRANCO, 2018)

Fundamenta-se, por esse motivo, que “como valor e como princípio, a

dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais". (BARROSO, 2013, p. 320)

A Constituição Federal fez questão de elencar entre as bases que sustentam a República, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo essa uma das razões pelas quais inovações no mundo jurídico e atos de um modo em geral devem ser empregados e encampados sob as críticas deste princípio. (MENDES; BRANCO, 2018)

No âmbito de sua incidência macro sobre o ordenamento jurídico, Pacelli e Callegari explicaram que:

Mais que um princípio de natureza jurídica, a dignidade humana se situa na base de todo o sistema político, social e econômico brasileiro, instituindo-se como o mais importante núcleo de regulação do Estado. Toda atividade e todos os esforços de intervenção estatal deveriam se orientar pela realização dos direitos humanos, positivados na ordem constitucional em diversos dispositivos, todos eles centralizados no princípio da dignidade humana. (2019, p. 112)

Esta é uma razão básica pela qual se veda, ou ao menos deveriam ser barradas, a criação de legislação ou a manutenção de atos ou penas cruéis, desumanas, que ofendam a integridade física e moral do ser humano e que desconsidere o ser humano em sua integralidade (CAPEZ, 2019).

Neste sentido, o princípio da humanidade, embora não se confunda com o da dignidade da pessoa humana, faz coro com este e muito se resguarda de abusos quando é de fato obedecido, já que procura estabelecer aquilo que não se deve, nem mesmo com a edição de leis, fazer com o ser humano (GRECO, 2022).

Alinhado com o princípio do Estado Democrático de Direito o princípio da proporcionalidade se coloca como elemento de fundamental importância para que o direito penal cumpra sua finalidade sem, contudo, transbordar para o lado do desnecessário e até mesmo arbitrário. (CAPEZ, 2019). Assim, por proporcionalidade se entende que a pena e a própria norma penal devem ter uma relação direta, entre fins e meios, com o ilícito cometido, de forma que a sanção seja equilibrada de acordo com os impactos que a infração ao direito penal provocou nos bens jurídicos. (GRECO, 2022)

Quando se considera o panorama do referido princípio na seara do direito administrativo é possível perceber que a forma de sua atuação contempla situações que devem tender, no caso concreto, para o menor sacrifício possível com a estrita necessidade de determinadas medidas. (MARINELA, 2016)

Numa aplicação que seja extensível ao direito penal, em especial à sanção nesta seara do direito, observa-se a necessidade de muito mais atenção, pois é certo que a falta de proporcionalidade poderá concorrer para injustiças irreparáveis (PACELLI; CALLEGARI, 2019).

Os doutrinadores Pacelli e Callegari, baseados nestas premissas, observaram este tema da seguinte perspectiva:

Sendo assim, parece inevitável uma compreensão minimalista da intervenção penal estatal. É dizer: se o Direito Penal se manifesta inevitavelmente de modo violento, deve ele ocupar papel reduzido nas políticas públicas, diante da magnitude de seu custo social. Qualquer que seja a concepção teórica adotada para a pena pública, ninguém duvida de sua natureza intrínseca como privação de direitos. E, exatamente por isso, deve ser utilizada com redobrada cautela. (2019, p. 19).

À luz desta concepção o direito penal, apesar de seu relevantíssimo e necessário papel numa ordem jurídica consolidada, deve se ocupar do mínimo de bens jurídicos possíveis, incidente somente sobre aquelas condutas que comprovadamente não podem ser protegidos com ou por outros meios. (PACELLI; CALLEGARI, 2019)

A proporcionalidade em tela atrai, deste modo, o princípio da intervenção mínima que, se de um lado se presta para pinçar os bens jurídicos mais relevantes, também ostenta qualidade suficiente para promover a descriminalização de condutas que, diante da conjuntura social presente, não mais desejam que sejam reprimidas pelo direito penal (GRECO, 2022).

Por consequência, compreende-se que o desdobramento da proporcionalidade e intervenção mínima em direito penal necessariamente redundará no princípio da limitação das penas que tem como finalidade frear eventuais tendências de abusos por parte do Estado, (GRECO, 2022)

3 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E A INCONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURAL

A inconstitucionalidade estatal atua em dois flancos. No primeiro, trata-se de ação, quando este de maneira comissiva leva a efeito determinado ato contrário à Constituição. No segundo, pelo lado da omissão, o Estado deixa de agir, se mantém inerte diante das obrigações que lhe são impostas, em regra, conforme explanado por Paulo e Alexandrino (2016, p. 711), “constitui, portanto, uma conduta omissiva frente a uma obrigação de legislar, imposta ao Poder Público pela própria Constituição”.

Esta postura se mostra por vezes temerária em face do Estado Democrático de Direito porque traz para a esfera jurídica de muitas, às vezes inúmeras, pessoas consequências desastrosas, como ocorre na área de saúde, segurança pública, previdência entre outras tantas cuja a influência pode custar vidas ou perpetuar situações que atentam contra a dignidade da pessoa humana (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 711).

Hoje soa mais natural e até comum falar em inconstitucionalidade por omissão, mas nem sempre foi assim. Advertiu Barroso, quando se falou da inclusão desta espécie de inconstitucionalidade entre os controles *in abstracto*, que praticamente não gozou de efetividade, sendo que, após algum tempo de espera do Judiciário, “tal circunstância, todavia, não impediu que juízes e tribunais, na maioria das situações, dessem máxima efetividade às normas constitucionais, na extensão possível permitida pela densidade normativa de seus textos” (BARROSO, 2013, p. 276).

Esta conjuntura só foi revista justamente porque segundo explicitou o doutrinador precitado, o Judiciário entendeu que para fazer frente à omissão estatal não era suficiente apenas meros avisos, como os que ocorriam antes do paradigmático Mandado de Injunção no 721 de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa

da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

A partir disso, a omissão se contornou de forma diversa no contexto brasileiro, ou seja, antes o Judiciário dava notícia da omissão, mas, mesmo que o Poder Legislativo se quedasse inerte, nenhuma consequência prática haveria, se tornando os instrumentos para suprir a omissão legislativa esvaziados do seu sentido democrático, por vezes frustrando quem buscava tutela de seus direitos perante o Poder Judiciário. (RAMOS *et al.* 2020)

Por meio destas considerações o presente capítulo apresentou uma sucinta perspectiva dos presídios brasileiros e como foi o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria (RAMOS *et al.*, 2020).

3.1 O grave problema da execução penal no Brasil sob o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucionais é um expediente jurisprudencial. Este foi explicado por Vieira Júnior em trabalho realizado a pedido do Senado Federal. Em síntese, explanou o referido autor:

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

Destarte, o Estado de Coisas Inconstitucionais é de origem colombiana e

tem como finalidade reconhecer que existe um quadro de constante inconstitucionalidade em curso referente a determinada violação de direitos e garantias fundamentais (VIEGAS, 2022).

Procura-se, através do reconhecimento de tal quadro, mostrar que os responsáveis por tal estado de coisas estão de alguma forma descumprimento os preceitos constitucionais fundamentais e, como tal procura igualmente impor, dentro dos parâmetros da Constituição Federal, prestações comissivas ou negativas para afastar a afronta permanente de inconstitucionalidade (DEPRÁ; VALER, 2015).

No contexto colombiano mostrou-se o Estado de Coisas Inconstitucionais num primeiro momento de pouca valia em face de alguns problemas estruturais do próprio Estado e a impossibilidade material de cumprimento da decisão em questão. No caso apresentado, Vieira Júnior fez esta ponderação:

A avaliação dessa experiência é negativa. Foram apontados como principais defeitos a pouca flexibilidade das ordens judiciais, a baixa fiscalização de seu cumprimento e a pouca preocupação da Corte com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. (BEČAK; LOPES, 2019, p. 17).

Posteriormente a Suprema Corte colombiana procurou atentar para o cumprimento material e flexibilizou a compreensão do Estado de Coisas Inconstitucionais em face das limitações estatais presentes naquele contexto, considerando, portanto, prazos para cumprimento do mandamento judicial, especialmente a feitura de leis e os mecanismos de implementação das exigências. (BURG *et al.*, 2022)

As mesmas preocupações também se fazem presente no contexto da recente decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo no Brasil a mesma criação jurisprudencial, uma vez que a estrutura estatal dependerá de um tempo razoável para cumprir o que se demanda para o sistema carcerário nacional. (DEPRÁ; VALER, 2015)

É necessário explicitar que alguns critérios contornam o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais, pois estes são peculiares diante dos demais quadros de violação dos direitos e garantias fundamentais, sendo uma forma de inconstitucionalidade relativamente recente (RAMOS *et al.*, 2020).

O primeiro critério de reconhecimento diz respeito àquela violação em grande escala que envolve uma massa de pessoas, em regra em um mesmo status e contexto. É o que chamam de violação massiva. (RAMOS *et al.*, 2020)

No contexto brasileiro, a exemplo de onde foi importada esta teoria jurisprudencial, a Colômbia, o tema versa sobre o sistema carcerário. O conjunto de pessoas custodiadas pelo Estado sofrem simultânea e quotidianamente violação de seus direitos e garantias fundamentais (VIEIRA JÚNIOR, 2015).

Na acepção mais completa de compreensão dos direitos e garantias fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucionais veio abarcar tanto a violação decorrente tanto da maneira omissiva e comissiva do Estado diante dos direitos de uma massa de pessoas. (BURG *et al.*, 2022)

O segundo critério, conforme informado por Deprá e Valer (2015, p. 6) “é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais”, sendo que nesta quadra da violação, os responsáveis quedam-se inertes ou ativos num dado quadro de afronta não de forma eventual, as reiteradamente e insistentemente.

Sabe-se que as autoridades públicas tem o dever de agir conforme a lei, como também é verdade que não agir diante das prestações comissivas que o Estado deve concretizar, configura violação a direitos fundamentais em muitas das vezes em que se verifica tal quadro (VIEGAS, 2022).

Noutro giro, também é critério para que se declare o Estado de Coisas Inconstitucionais o insistente quadro de violação em decorrência da negativa estatal em dar concretude material aos mecanismos que possam fazer valer os direitos e garantias fundamentais. (DEPRÁ; VALER, 2015)

A respeito disso, ainda que estivesse falando dos direitos de liberdade, Mendes esclareceu algo que se aplica ao tema, se não, a propósito, a concretização “dos direitos de garantias às liberdades exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo eventual a inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar”. (MENDES, 2010, p. 5)

Estes pressupostos, permanecendo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais no Brasil, orientarão as violações em massa dos direitos e garantias fundamentais (BURG *et al.*, 2022).

3.2 A inconstitucionalidade estrutural da execução penal brasileira

A ADPF 347 do Distrito Federal representou um marco de tão elevada monta que desencadeou até mesmo um processo legislativo. Um dos parlamentares do Senado Federal, senador – Antônio Carlos Valadares – na justificativa do Projeto de Lei do Senado n. 736/2015, após salientar a importância do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, teceu a seguinte observação:

Esse “ativismo judicial” atingiu, aparentemente, seu ápice com a recente decisão do STF no julgamento do RE nº 592.581e da ADPF nº 347, em que foi reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” no funcionamento do sistema prisional brasileiro e esse reconhecimento foi considerado o lastro para uma ação jurisdicional mais efetiva. (BRASIL, 2015, p. 4)

Clarividente, pela exposição da justificativa mencionada, que o Supremo Tribunal Federal trouxe uma nova perspectiva para sua atuação frente aos casos de afronta aos direitos e garantias fundamentais, tanto que o próprio relator da ADPF 347, DF, Ministro Marco Aurélio, admitiu: “O tema das condições inconstitucionais dos presídios brasileiros está na ordem do dia do Tribunal”. (BRASIL, 2016, p. 14)

Deste modo, o propósito da ADPF 347, DF foi justamente discutir o tema dos presídios brasileiros e o problema da superlotação carcerária bem como a falta de estrutura humana e física para abrigar dentro dos moldes constitucionais as pessoas sob custódia do Estado (BURG *et al.*, 2022).

No bojo da mesma ação, julgada ainda em sede cautelar, buscou-se cominar deveres aos órgãos públicos ligados ao Executivo, contudo, a decisão procurou estabelecer que os demais poderes tomem as devidas providências para colaborarem na superação do quadro de violação dos direitos fundamentais decorrente da atual situação dos presídios brasileiros. A respeito do quadro atual dos presídios brasileiros, o Ministro relator, Marco Aurélio, ponderou:

O autor aponta violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”. A analogia não poderia ser melhor. (BRASIL, 2016, p. 17)

A própria Suprema Corte reconheceu que o tema é frequente em suas portas, e este sempre diz respeito às condições com que o Estado tem lidado com a questão dos custodiados. O relator da ADPF 347 fez menção ainda de como os precedentes do Pretório Excelso caminharam numa crescente até que o Estado de Coisas Inconstitucionais viesse a ser admitido. (BEÇAK; LOPES, 2019)

Nesta dimensão, portanto, salientou-se a decadência do sistema carcerário e a necessidade de medidas urgentes para que tal quadro venha a ser superado, passando o relator, posteriormente, à análise de outro aspecto desta casuística, isto é, a violação de diversos direitos e garantias fundamentais simultaneamente:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. 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. (BRASIL, 2016, p. 19)

Com esta observação, o relator da referida ação explicitou que por ser assim, isto é, pelo quadro instalado de violação dos direitos e garantias fundamentais, inevitavelmente o Supremo Tribunal Federal deveria intervir, tendo em vista ser o guardião da Constituição (DEPRÁ; VALER, 2015).

Com isso, assentou-se como certo o fato de que seria imperiosa a sua ponderação sobre o tema, pois “não poderia o Supremo Tribunal Federal, no caso, se omitir frente ao quadro de violação evidenciado, se somando aos demais atores políticos que fecharam os olhos à situação e evitaram enfrentar a transgressão dos direitos das minorias encarceradas”. (VIEGAS, 2022, p. 9)

Talvez um dos pontos mais importantes levantados pelo Ministro Marco Aurélio sobre a temática em discussão, foi o da responsabilização de toda a estrutura institucional do Estado. Tanto é assim que obtemperou o referido magistrado:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas

tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. (BRASIL, 2016, p. 21)

Desta forma, à parte da crítica que vê o ativismo judicial como algo a ser afastado da prática judiciária nacional por violar a separação de poderes, nota-se que a Suprema Corte com este entendimento na verdade reconheceu a necessidade de fortalecimento da harmonia entre os poderes da República, não o contrário, uma vez que a estrutura institucional do Estado está necessariamente organizada em torno dos três poderes. Neste aspecto o Ministro relator ponderou:

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais. (BRASIL, 2016, p. 23)

É transparente que na perspectiva do relator que a responsabilização dos três poderes deve ensejar uma comunicação entre eles. Tal expediente deve ser de tal natureza que a feitura da legislação pelo Legislativo e sua execução pelo Executivo e a interpretação e a aplicação dada pelo Judiciário caminhem numa conjuntura de harmonia, representando o ideal de que o Estado deve ter uma linguagem que não seja contraditória em si mesma (VIEGAS, 2022).

Ainda no bojo das considerações do relator na ADPF 347-DF, levaram-se em conta as dificuldades do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais e a polêmica questão do ativismo judicial, especialmente as críticas que decorrem deste papel que o Supremo Tribunal tem assumido desde a última década. No alicerce deste questionamento está o princípio da separação de poderes e sua suposta afronta quando o Supremo determina medidas concretas ao Legislativo e ao Executivo. (BEÇAK; LOPES, 2019)

Neste ponto, o enfrentamento da questão foi contornado pelo Ministro relator da seguinte forma:

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral. (BRASIL, 2016, p. 26)

Deste modo o papel do Supremo Tribunal Federal para admitir o Estado de Coisas Inconstitucionais tem implicações de dimensões jamais sentidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange à separação de poderes firmada pela Carta Constitucional de 1988 (VIEIRA JÚNIOR, 2015).

A questão não é de somenos, pois a ponderação de princípios e, porque não dizer, de interesses, é atitude que se faz necessária nestes casos, tendo em vista que o Legislador bem como o Executivo fazem previsões de gastos fixos e, mesmo as possibilidades de suplementação orçamentária podem trazer desequilíbrio nas contas públicas. (VIEGAS, 2022)

De qualquer modo, o enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal de questões desta natureza tem uma lógica quase que própria, fruto da conjuntura ideológica do ativismo judicial. Segundo o relator da ADPF em estudo, se a Corte Constitucional não enfrentar a questão, dificilmente os demais poderes irão fazê-lo frente à impopularidade que as medidas destinadas a beneficiar encarcerados, mesmo que seja para lhes fornecer condições dignas existência garantidas na Constituição, freia a atuação parlamentar nesta direção (BURG *et al.*, 2022).

Quem é defensor desta postura, por exemplo, afirma que o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público de uma maneira em geral “pressupõe uma atividade de fiscalização e de conformidade das leis e dos atos do poder público em face da Constituição, garantindo, acima de tudo, a tutela da supremacia constitucional” (DEPRÁ; VALER, 2015, p. 4).

Dentro desta perspectiva, o Supremo Tribunal terminou reconhecendo a possibilidade da adoção do Estado de Coisas Inconstitucionais no Brasil, afirmando, na ocasião da concessão da medida cautelar na ADPF-DF 347 que o Supremo tem a finalidade de sim, provocar os poderes públicos e retirá-los de sua inércia,

provocando os demais poderes e o próprio Poder Judiciário a adotar nova postura diante dos comandos constitucionais. Deste modo, concluiu o relator:

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo. (BRASIL, 2016, p. 32)

Deste modo, argumentando sua posição no chamado constitucionalismo cooperativo, chama os vários atores sociais e institucionais do Estado a andar de mãos dadas para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, contudo, pela via do Poder Judiciário, máxime pela intervenção da Suprema Corte (BEÇAK; LOPES, 2019).

CONCLUSÃO

Diante do desenvolvimento argumentativo e teórico apresentado podem-se fazer algumas ponderações. A primeira delas é que o sistema prisional em si tem uma história complexa e sinuosa, em que os seus primeiros delineamentos tanto práticos quanto teóricos foram controvertidos, mas, em síntese, já representou um grande avanço se comprado com o modo como a pena era compreendida e aplicada, qual seja, o corpo é que respondia, em regra com a própria vida, por eventual crime cometido.

Esse movimento de humanização da pena, no entanto, mesmo diante dos avanços alcançados após o século XVIII, onde os primeiros sistemas prisionais foram criados e quando se desenvolveu as primeiras teorias que entendiam a custódia como meio de pena, não foi isso suficiente para humanizar o cumprimento da pena, já que em seu início tinha-se como fundamento a retribuição pura e simples.

Mais adiante, já no século XX, perceberam-se avanços no sentido teórico que pretendiam um sistema prisional capaz de não só retribuir o criminoso pela sua conduta, mas ressocializa-lo.

Mesmo assim, quando se olha para a conjuntura dos sistemas prisionais existentes, e diante do percurso histórico do sistema prisional brasileiro, humanizar o cumprimento da pena continua a ser o grande desafio.

Constata-se, com supedâneo em todas as informações e argumentos juntados neste trabalho, que o fracasso do sistema prisional tem muitas variantes, mas, duas delas são os pontos centrais da discussão.

A primeira se refere à omissão estatal que se queda inerte há muito tempo. A implementação formal dos direitos fundamentais e humanos da pessoa presa encontram-se satisfatoriamente consolidados.

O que falta, nesse caso, é a implementação material. Parcialmente é disso que a ADPF 347 DF trata. Nela, reconheceu-se a aplicação no Brasil do chamado Estado de Coisas Inconstitucional. Discutiu-se, no entanto, não qualquer omissão na concretização de políticas públicas carcerárias, mas aquela estrutural, de todos os ramos importantes do Estado, indicando responsabilidades dos Três Poderes pelo estado de calamidade que se encontra o sistema prisional nacional.

O segundo ponto de discussão se refere ao modo como essa tutela dos direitos e garantias fundamentais a respeito do sistema carcerário é no mais das vezes implantada. Isso é importante porque expõe o modo como o Poder Executivo e o Legislativo se comportam perante a questão.

De forma que, converge para o Judiciário a discussão, gerando tensões inevitáveis, pois a mudança no sistema carcerário de fato carece de medidas urgentes e, para que possa haver efetividade, os órgãos judicantes quase sempre mandam que dos demais Poderes tomem atitudes concretas.

Esse modo de discutir a celeuma em tela torna o debate fragilizado porque, aparentemente, as medidas tomadas são só paliativas, não são fruto de um debate no Congresso Nacional que venha de fato dispor de orçamento e programas efetivos de melhorias na gestão e condições do sistema carcerário.

O que se espera, diante do Estado de Coisas Inconstitucional, é que não seja apenas um mandamento vazio e sem efetividade ou, apenas medidas provisórias para atender a questões pontuais, mas instrumento de conscientização dos Três Poderes em conjunto na efetividade dos direitos e garantias fundamentais do apenado que, conquanto tenha que cumprir pena pelos seus delitos, continua a ser alvo de direitos e garantias, especialmente os referentes à dignidade da pessoa humana, fundamento republicano.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEÇAK, Rubens; LOPES, Rafaella Marineli. Estado de coisas inconstitucional: uma breve teoria e sua aplicação na judicialização do cárcere. **Revista de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 40, n. 2, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. D.O.U, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado no 736 de 2015*. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na ADPF 347, DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerida: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 19 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 964246 RG*, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 721*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. DJe: 8 ago. 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. Editorial. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, edição especial, Brasília, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São

Paulo: Saraiva, 2014.

BURG, Amanda Karolini *et al.* Refúgio, fechamento de fronteira e Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): um estudo a partir da Ação Civil Originária (ACO) n. 3.121. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 1, 2022, p. 1-26.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 2-22.

DEPRÁ, Vinícius Oliveira Braz; VALER, Willian. Estado de coisas inconstitucional: uma discussão na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal. In: *XI Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Universidade de Santa Cruz do Sul, UNICS, RS, 2015.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FERNANDES, Newton. *Criminologia integrada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 24. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2029.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Luiz Regis *et al.* *Direito de execução penal*. 4. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, Edith Maria Barbosa *et al.* O estado de coisas inconstitucional: apontamentos comparativos sobre a judicialização das políticas penitenciárias brasileira e colombiana. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, a. 29, n. n. 53, 2020, p. 273-287.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015.

VIEGAS, Felipe. *Reformas estruturais e o estado de coisas inconstitucional*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.