XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I
[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Antonio Carlos da Ponte – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-968-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito penal. 3. Processo penal. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Durante uma tarde aprazível da primavera Uruguaia, nas dependências da Universidad de la Republica do Uruguay, no âmbito do Grupo de Trabalho intitulado Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I, foram encetados e desenvolvidos debates que tiveram por escopo a discussão de questões contemporâneas e bastante ecléticas versando sobre as ciências penais.

As apresentações foram realizadas em um só bloco de exposições, havendo, pelos(as) autores (as) presentes, a apresentação dos respectivos artigos aprovados em sequência. Ao término das exposições, foi aberto espaço para a realização do debate, que se realizou de forma profícua.

Segue, abaixo, a descrição e síntese dos artigos apresentados:

O primeiro artigo, intitulado “Análise da geração ‘nem nem’ no Brasil à luz do direito à educação: juventude, exclusão e implicações do direito penal”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Hercules Evaristo Avancini e Isabela Moreira Silva, resulta de um estudo que associa e analisa o Direito à Educação e uma parcela significativa da população brasileira a que se convencionou chamar de “Geração Nem Nem”, constituída de 10,9 milhões de pessoas segundo o IBGE. Embora diversa em seu interior, em termos socioeconômicos e étnicos encontra semelhanças em virtude de viverem na condição de não estudarem e de não trabalharem, mesmo em idade ativa. O objetivo deste artigo é o de analisar as informações relevantes acerca da GNN e de refletir sobre a complexidade do contexto socioeconômico, com destaque às questões educacionais, além de colaborar na compreensão de sua relação com a manutenção do distanciamento do direito à educação e ao trabalho. No tocante ao aspecto penal, propõe-se uma reflexão construída no campo da análise criminológica que associa os direitos não exercidos pela GNN e a consequente ampliação da condição de vulnerabilidades sociais que exortam atividades ilícitas e marcam o aprofundamento da exclusão social, apontando para a necessidade de se repensar políticas públicas com o escopo de diminuir a incidência de jovens no submundo do crime. O desenvolvimento deste estudo apoiou-se na investigação e na revisão bibliográfica, também nos dados da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE 2023, no Índice de Desenvolvimento da Educação Básica do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira e na Constituição Federal Brasileira adotando o método crítico-reflexivo. A utilização de informações

quantitativas, geradas pelo IBGE e pelo INEP, geraram o suporte para as abordagens qualitativas.

O próximo artigo, cujo título é “Gestão integrada da segurança pública e da paisagem urbana”, dos autores Rodrigo Sant´Ana Nogueira e Rodrigo de Paula Zardini, tem como pressuposto fundamental analisar quatro eixos basilares para compreensão da relação entre o crime patrimonial (furto e roubo) e o meio ambiente. O primeiro elemento é a prevenção geral e abstrata composta pelo imperativo axiológico social e estatal que visa mitigar o desencadeamento do fato social considerado como crime. O segundo elemento é o papel do Poder Judiciário na materialização controle social proporcionando a percepção de segurança. O terceiro elemento é a compreensão da dinâmica territorial do crime face ao vazio intermitente das limitações sociais impostas pela sociedade ou pelo próprio Estado. O quarto elemento é composto por um silogismo social, qual seja, que não há espaço defensável, pois o Poder Judiciário, como instituição estatal de controle social é ausente e ineficaz nas periferias urbanas, sendo este o cinismo social evidente nas relações crime/efetiva punição e ressocialização do indivíduo. Face ao exposto, o objetivo geral do trabalho é avaliar os mapas de calor de criminalidade em um modelo de dinâmica mecânica e linear, pois, nesse sentido, se estratifica um determinado ponto de equilíbrio para projeção da paisagem segura, ou, numa segunda perspectiva, a criminologia ambiental seria um modelo líquido e caótico, que não seria possível determinar uma constante de equilíbrio.

O artigo seguinte tem por título “Informação criminal oficial, mortes violentas intencionais e elucidações dos crimes: uma história sobra a construção do sistema nacional de estatísticas criminais no Brasil”, de autoria de Cassandra Maria Duarte Guimarães, Ana Luisa Celino Coutinho e Gustavo Barbosa de Mesquita Batista. O trabalho tem por objeto de estudo a construção do sistema de informação criminal oficial, acompanhando a quantificação da incidência das mortes violentas intencionais, buscando responder a seguinte questão: as informações criminais oficiais advindas da segurança pública sempre foram validadas e usadas no Brasil? Supõe-se que o uso atual da contabilidade oficial criminal é recente, assim como sua correlação com o sistema de segurança e justiça criminal e com a persecução penal no país, uma vez que a coleta e o tratamento dessas informações até bem pouco tempo eram sinalizados pelas lacunas e imprecisões de um sistema uniformizado que contemplasse todas os Estados e o Governo Federal. A pesquisa torna-se relevante ao se observar que o cômputo oficial criminal no Brasil é reflexo da estrutura constitucional do sistema de persecução penal, que tem por locus inicial as instituições policiais da segurança pública, de onde também se origina a coleta inicial dos dados criminais no país. A análise foi realizada mediante uma abordagem qualitativa sobre a quantificação oficial dos crimes, especialmente tratando as mortes violentas intencionais, valendo-se dos procedimentos histórico e

estatístico, bem como de técnicas de pesquisas bibliográfica e documental, quanto às publicações sobre as estatísticas criminais no país, detendo-se principalmente nas legislações sobre a atual política de informação oficial e segurança pública que, mesmo com os avanços alcançados, ainda apresenta ausência de dados e análises sobre as elucidações dos crimes.

O próximo texto, intitulado “Juvenicídio e feminicídio: vulnerabilidades entrelaçadas”, dos autores Thayane Pereira Angnes e Ana Paula Motta Costa, propõe uma análise das correlações entre juvenicídio e feminicídio, destacando a relevância como categorias-chave na compreensão dos problemas sociais, especialmente no contexto da violência enfrentada por adolescentes e pelas mulheres. O propósito do trabalho é aliar os estudos de juventude e gênero, explorando as proximidades dos conceitos, e como estes se entrelaçam, culminando em processos geradores de vidas descartáveis e passíveis de violência letal. Metodologicamente, este estudo baseia-se em uma análise teórica e de revisão bibliográfica. Inicialmente, são delineados os conceitos de juvenicídio e feminicídio como expressões emblemáticas de precarização e morte. Em seguida, são discutidas as interconexões e repercussões destes processos na sociedade. O estudo conclui que além de conexos, o feminicídio é um dos principais catalisadores do juvenicídio, o que é visível quando se observa submissão histórica das mulheres pelo patriarcado misógino, que impacta diretamente nas trajetórias de vida de jovens meninas, resultando em violência, precariedade e morte.

O trabalho seguinte, que tem por título “Lei n. 14843/2024: a restrição das saídas temporárias e os impactos ao processo de execução penal brasileira”, dos autores Luiz Fernando Kazmierczak e Vinicius Hiudy Okada, dispõe que a lei referida alterou a Lei de Execução Penal para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. A Anacrim e o CFOAB apresentaram ADIs contra a lei perante o STF, sustentando que a alteração legislativa viola valores fundamentais da CF/88 e prejudica a ressocialização do condenado. A pesquisa objetivou investigar os impactos trazidos pela Lei nº 14.843/2024 em relação ao processo e execução penal nacional, buscando-se responder questões como: a) “de que modo as restrições às saídas temporárias podem prejudicar os direitos fundamentais dos condenados?”; e b) “qual a importância do STF nesses casos?”. Utilizou-se para a confecção o método dedutivo – junto à análise de artigos científicos, doutrinas, legislações e reportagens de repercussão nacional –, partindo-se da premissa de que as alterações trazidas pela Lei nº 14.843/2024 trarão impactos não apenas ao processo e à execução penal, mas também à segurança pública nacional. Com todo o exposto, concluiu-se que as alterações trazidas pela lei prejudicarão – e muito – o processo e a execução penal brasileira, podendo, além de lesionar direitos fundamentais previstos constitucionalmente, colocar em risco a

segurança pública nacional, através de institucionalização prisional e rebeliões. Pôde-se perceber a extrema importância do STF nesses casos, a começar pela decisão certeira do ministro André Mendonça, ao manter a saída temporária ao preso beneficiado antes da Lei nº 14.843/2024.

O próximo artigo, de nome "Machado de Assis e seletividade penal: a obra machadiana que revela o autoritarismo do aparato repressivo estatal e do sistema de justiça criminal", de autoria de Léo Santos Bastos, visa responder como a obra de Machado de Assis e, mais especificamente, o conto Pai Contra Mãe exploram e expõem o racismo estrutural da sociedade brasileira, demonstrando as influências da colonização, da escravidão e do autoritarismo na seletividade do sistema de justiça criminal. Em vista disso, a partir do marco teórico da criminologia crítica, nos diálogos entre direito e literatura, buscou-se compreender os elementos antidemocráticos que contribuíram para a exclusão e marginalização de pessoas negras, por meio de políticas de morte e prisão. A partir da obra machadiana, pode-se compreender as desigualdades sociais e raciais que estruturam a sociedade brasileira, bem como formas e ações de participação popular que contribuem para a defesa e proteção de um Estado de bem-estar social que contenha o poder punitivo do Estado policial máximo. O artigo se insere no campo das reflexões interdisciplinares, procurando analisar o sistema de justiça criminal contemporâneo concomitantemente com os campos da literatura, da sociologia e da filosofia. A pesquisa se apropria de uma obra literária para examinar o estado da arte das relações raciais, sociais e institucionais brasileiras.

O texto seguinte, intitulado "Malwares: os limites do uso de novas tecnologias por agentes públicos em investigações criminais em face aos princípios e garantias constitucionais", de Fausto Santos de Morais, Alan Stafforti e Juliana Oliveira Sobieski, tem o condão de abordar o impacto dos avanços tecnológicos na pesquisa e na aquisição de informações envolvendo a cibersegurança, destacando, principalmente, a crescente utilização de malware por agentes infiltrados digitais nas investigações criminais no Brasil. O estudo elaborado analisa a viabilidade legal do uso desse meio intrusivo para obtenção de elementos probatórios a fim de coletar dados para se chegar na autoria e materialidade de delitos, considerando os direitos e garantias constitucionais da privacidade e da proteção dos dados. A legislação brasileira atual, incluindo o Código Penal, a Lei 12.850/2013 (norma que rege as organizações criminosas, dispondo sobre a investigação e a obtenção de provas) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), são examinadas quanto à adequação e a necessidade de uma regulamentação específica para o uso dos malwares. O trabalho discute a tensão entre a eficácia investigativa e a proteção dos direitos fundamentais, propondo a criação de um marco regulatório robusto para a obtenção, armazenamento e descarte dos dados coletados com a utilização do programa. A conclusão ressalta a urgência de regulamentar o uso de

malwares, visando proteger a privacidade e garantir a legalidade das investigações criminais, promovendo um sistema de justiça investigatório mais seguro e eficiente.

O texto seguinte, de nome “O controle dos corpos femininos através da manipulação de discursos religiosos”, dos autores Larissa Franco Vogt, Mariele Cássia Boschetti Dal Forno e Doglas Cesar Lucas, tem como objetivo principal analisar o discurso persuasivo de líderes religiosos e casos de abuso da fé ocorridos em momentos de vulnerabilidade feminina, quando as vítimas buscavam conforto, esperança e a cura por meio de sua crença religiosa. O problema de pesquisa centraliza-se na seguinte questão: por que a violência sexual cometida dentro de instituições religiosas ainda é tratada como tabu e silenciada? A pesquisa demonstra que boa parte das mulheres vítimas dos abusos sexuais se calam por receio, vergonha, insegurança, mas principalmente por não quererem acreditar que sua fé foi objeto de manipulação e instrumento de violação de seu corpo, outrossim, quando resolvem falar acabam por serem questionadas e desacreditadas pelos órgãos públicos e até mesmo pela comunidade onde vivem. Para isso, foi utilizada uma metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, com a análise de artigos e estudos, considerando que as pesquisas sobre o tema ainda são escassas.

O próximo artigo tem por título “O direito penal ambiental brasileiro na efetivação dos objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS) n. 13, 14 e 15”, e a autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Edimar Lúcio de Souza e Élica Viveiros. O texto tem como objetivo geral a análise de como o Direito Penal Ambiental brasileiro pode contribuir na efetivação dos ODS’s n. 13, 14 e 15. Utilizou-se das metodologias de revisão bibliográfica e de análise documental para fundamentar a pesquisa com resultados extraídos de estudos científicos, doutrinas, legislações e normas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, básica, descritiva e bibliográfica/documental. Os resultados encontrados evidenciam que os dispositivos do Direito Penal Ambiental são de grande valia para dispor de certo controle preventivo e punitivo para a satisfação dos ODS’s n. 13, 14 e 15 no Brasil. Em considerações finais, a pesquisa destaca que o Direito Penal Ambiental vale-se de subsídios constitucionais para atuar em favor do meio ambiente.

O artigo seguinte, denominado “O espaço dos maiores estabelecimentos penais no Brasil sob a ótica dos preceitos fundamentais do preso”, de Luciano Rostirolla, avalia o espaço dos maiores presídios do Brasil sob a ótica dos preceitos fundamentais estabelecidos da Lei de Execuções Penais e Constituição Federal. As metodologias empregadas para elaboração do trabalho de pesquisa são a estatística, a monográfica e a comparativa. Embora sediados no mesmo território nacional e regidos pelas mesmas normas, os estabelecimentos penais brasileiros apresentam divergências no tratamento de seus detentos e no cumprimento das

garantias constitucionais e direitos fundamentais do preso ou internado. No ano de 2022 o Brasil possuía aproximadamente 1.381 unidades prisionais em operação (DEPEN, 2023). Este estudo é desenvolvido por meio do método de análise de correspondência múltipla (ACM) e tem por objeto avaliar o espaço social dos maiores estabelecimentos do Brasil. Desse modo foram destacados os 214 maiores estabelecimentos, o que representa mais de 15% do total geral de presídios em operação. A pesquisa permitiu compreender algumas características dos estabelecimentos penais analisados e identificar algumas vantagens e falhas das unidades no tocante à estruturação física, garantia de direitos individuais, priorização da ressocialização por meio do estudo e trabalho dos detentos, com vistas ao seu desenvolvimento humano.

Em seguida, apresenta-se o artigo intitulado “O tempo como pena: desumanização e descaracterização da maternidade no cárcere feminino no Brasil”, escrito por Fernanda Analu Marcolla e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. Nessa pesquisa, investiga-se o “tempo como pena” na medida em que o tempo de encarceramento afeta a capacidade das mulheres de exercerem a maternidade e criar vínculo com seus filhos dentro do sistema prisional brasileiro. O objetivo geral da pesquisa é analisar de que maneira o tempo de encarceramento impacta a capacidade das mulheres de exercerem a maternidade, com foco na desumanização e descaracterização da identidade materna, considerando as inadequações estruturais do sistema prisional e as necessidades específicas das mulheres em termos de saúde reprodutiva e direitos maternos. Utilizando o método hipotético-dedutivo, a pesquisa revela que o tempo de encarceramento afeta significativamente a capacidade das mulheres de exercerem a maternidade dentro do sistema prisional brasileiro. Este impacto negativo é agravado pela estrutura inadequada do sistema prisional, que não oferece condições apropriadas para a manutenção do vínculo materno-filial e desconsidera as necessidades específicas das mulheres em termos de saúde reprodutiva e direitos maternos. A pesquisa conclui que a prolongada duração das penas resulta na desumanização e descaracterização da identidade materna, sublinhando a necessidade urgente de revisar e humanizar as políticas penais para garantir que os direitos reprodutivos e maternos dessas mulheres sejam respeitados e protegidos.

O artigo seguinte tem por título “PEC 45/2023 e a Política de drogas no Brasil: uma análise comparativa com a legalização da maconha no Uruguai”, e foi escrito por Carla Bertoncini, Carla Graia Correia e Matheus Arcoleze Marelli. No texto desenvolve-se que, nos anseios da política de drogas a nível mundial, a relação fronteiriça entre Brasil e Uruguai também é abalada. Demonstra-se uma enorme diferença na conduta da guerra contra o narcotráfico, partindo da segurança pública às políticas públicas. Notória e incontroversa, a Lei nº 19.172 /2013 promulgada pelo então presidente do Uruguai, José “Pepe” Mujica, legalizou e

regulamentou toda a cadeia da cannabis em solo uruguaio. Por outro lado, a relação brasileira é controversa: enquanto o STF decide sobre descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, o Poder Legislativo atua, em resposta, para criminalizar ao máximo o porte e a posse de entorpecentes. A apresentação de contrapontos, através do método dedutivo, bem como de alternativas e soluções, buscando sempre a análise da lei uruguaia e de sua aplicação em seus órgãos de regulamentação, é a marca de que o Brasil ainda tem muito a aprender com o progressismo aplicado nas políticas públicas de sua ex-província, afastando o punitivismo e a repressão.

O artigo seguinte tem por título "Racismo como produto do sistema penal: a seletividade inerente à criminalização secundária", dos autores Denner Murilo de Oliveira e Luiz Fernando Kazmierczak. Nele, destaca-se que, diante da desigualdade racial existente no plano social, a pesquisa tem como objetivo averiguar a reprodução do racismo pelo sistema penal brasileiro, abordando, a priori, as diferentes formas de racismo. O tema-problema do trabalho reside na seguinte indagação: Diante da representatividade de negros nas prisões, de que forma o sistema penal reproduz o racismo no Brasil? Para isso, realizou-se uma análise acerca do conceito de racismo institucional, racismo estrutural e racismo individualista, além da averiguação da relação entre racismo e direito. Além disso, observou-se dados referentes à população carcerária no território brasileiro, expondo o perfil dos apenados e evidenciando que há grande representatividade da população negra no cárcere brasileiro. Em seguida, utilizou-se dos objetos da criminologia crítica para compreender o sistema penal como reprodutor do racismo, sendo o marco teórico desta pesquisa a obra denominada "Criminologia Contribuição Para Crítica da Economia da Punição" de autoria de Juarez Cirino dos Santos. Por fim, a metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa é a dedutiva, partindo-se de um aspecto geral acerca do racismo e chegando ao campo particular do racismo reproduzido pelo sistema de justiça criminal e, ainda, expondo que a criminologia crítica pode ser aplicada para compreender a relação entre racismo e sistema penal.

O artigo seguinte, intitulado "Reconhecimento de pessoas nos crimes patrimoniais praticados mediante violência ou grave ameaça: análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia", dos autores Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Beatriz Andrade Candeias, pretende analisar a adoção das regularidades legais e dos preceitos da psicologia do testemunho na produção do reconhecimento de pessoas, bem como a valoração deste elemento probatório nos processos penais tramitados na Bahia que versam sobre crimes patrimoniais praticados mediante violência ou grave ameaça. Questiona-se, assim, se os reconhecimentos de pessoas valorados pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia são dotados de fiabilidade e se a Corte baiana adota o atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Desse modo, este trabalho realizou uma pesquisa

empírica, a partir da metodologia indutiva, com abordagem por amostragem de dados qualitativos e quantitativos oriundos de 163 (cento e sessenta e três) acórdãos do Tribunal de Justiça disponíveis no website "jurisprudência TJBA" no filtro dos meses de maio e junho do ano de 2021, a partir da busca pelas palavras-chave "roubo" e "157". Com isso, foi possível concluir que, na Bahia, a prática probatória do reconhecimento de pessoas tem como cunho a produção de variáveis sistêmicas e de estimação, ante a falta de acurácia dos atores de justiça sobre o funcionamento da memória, gerando alta probabilidade de produção de falsos reconhecimentos e, por consequência, elementos que não deveriam compor o acervo probatório da hipótese acusatória nas decisões da Corte baiana.

O próximo artigo, intitulado "Sistema de justiça criminal e a pandemia da Covid-19: um novo discurso jurídico-penal para legitimar velhas práticas punitivas", do autor Léo Santos Bastos, externa que, em vista da pandemia da COVID-19, o cenário global se modificou para promover a contenção da transmissão do vírus, especialmente por meio do isolamento social. Contudo, a partir do histórico punitivo do país que armazena a terceira maior população carcerária do mundo, buscou-se avaliar, pelas lentes da criminologia crítica, de que forma os julgadores e julgadoras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul interpretam os efeitos da crise sanitária e as medidas tomadas para seu enfrentamento no sistema de justiça criminal, que apontam para a manutenção do encarceramento, a desconsiderar as prescrições sanitárias de prevenção e, em última análise, a vida das pessoas privadas de liberdade. No presente artigo, foi possível averiguar e demonstrar que métodos de criminalização se estendem para as decisões judiciais a partir de discursos que julgam adequado o aprisionamento dos corpos em tempos de pandemia. Demonstrou-se ainda que as pessoas privadas de liberdade no Brasil compõem os mesmos grupos sociais excluídos em diferentes épocas. Por fim, examinou-se como a reiteração de discursos, decisões e práticas hegemônicas colabora com a perpetuação e manutenção do atual estado de coisas inconstitucional de nossas penitenciárias.

O próximo artigo tem por título "Teorias das penas e o descumprimento da função da pena no Brasil e a omissão estatal", e foi escrito por Carolline Leal Ribas, Renata Apolinário de Castro Lima e Roberto Apolinário de Castro. No texto, os autores analisam as modalidades de teorias da pena e o tipo de pena aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa versa sobre a omissão estatal e o descumprimento da função da pena no sistema brasileiro, que adota a Teoria Mista. Aborda-se, também, temas-problemas do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, do Supremo Tribunal Federal, que considerou a situação prisional no Brasil um "estado de coisas inconstitucional" com "violação massiva de direitos fundamentais" da população prisional, por omissão do poder público, conceituando-se assim como, "estado de coisas inconstitucional". Se trata de uma problemática atual e que possui relevância para a sociedade, em função do cenário ao qual

são submetidos os reclusos do sistema penitenciário brasileiro. O artigo procedeu a investigação científica empregando a metodologia consistente na pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo.

No artigo derradeiro, intitulado “Visão geral das decisões de cassação criminal sobre lavagem de dinheiro”, a autora Natalia Acosta examina os aspectos problemáticos dos crimes de lavagem de dinheiro levados à Suprema Corte de Justiça do Uruguai por meio de recursos de cassação. Inicialmente, o artigo apresenta o problema de pesquisa. Em seguida, por meio de uma metodologia de pesquisa jurídico-empírica, são abordadas as decisões de cassação sobre o assunto desde a promulgação da lei original até a presente data. No Uruguai, os crimes de lavagem de dinheiro são punidos desde 1998. Entretanto, os resultados são escassos. Por um lado, porque há poucas condenações e, por outro, porque, em geral, os casos não chegam à terceira instância. Foram encontradas sete sentenças, e todas elas têm em comum a relação problemática com as atividades criminosas anteriores, que, exceto em um caso, foram cometidas no exterior. No entanto, em todos os casos, sabia-se ou deveria saber-se que os recursos eram provenientes dessas atividades e essa conclusão foi alcançada por meio de provas circunstanciais.

Observa-se, portanto, que se tratam de trabalhos ecléticos e atuais e que, por certo, se lidos e compreendidos, oferecerão uma grande contribuição para o avanço das práticas e políticas necessárias para o aperfeiçoamento das ciências criminais no Brasil.

Por fim, nós, organizadores do livro, convidamos todos para uma leitura aprazível e crítica de todos os textos.

Montevidéu, primavera de 2024.

Professor Doutor Antônio Carlos da Ponte, Universidade Nove de Julho e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. acdaponte@uol.com.br

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Dom Helder-Escola Superior. lgribeirobh@gmail.com

TEORIAS DAS PENAS E O DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO DA PENA NO BRASIL E A OMISSÃO ESTATAL

THEORIES OF PENALTIES AND FAILURE TO COMPLY WITH THE FUNCTION OF PENALTY IN BRAZIL AND STATE OMISSION

Carolline Leal Ribas [1]
Renata Apolinário de Castro Lima [2]
Roberto Apolinário de Castro [3]

Resumo

O presente artigo analisa as modalidades de teorias da pena e o tipo de pena aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, perquire-se quais são os de aplicabilidade da função da pena. Esta pesquisa versa sobre a omissão estatal e o descumprimento da função da pena no sistema brasileiro, que adota a Teoria Mista. Pretende-se, também, abordar temas-problemas do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 do Supremo Tribunal Federal que considerou a situação prisional no Brasil um "estado de coisas inconstitucional" com "violação massiva de direitos fundamentais" da população prisional, por omissão do poder público, conceituando-se assim como, "estado de coisas inconstitucional". Se trata de uma problemática atual e que possui relevância para a sociedade, em função do cenário ao qual são submetidos, notadamente, os reclusos do sistema penitenciário brasileiro. Este artigo procedeu a investigação científica empregando a metodologia consistente na pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo.

Palavras-chave: Teorias das sentenças, Direitos fundamentais, Direito penitenciário brasileiro, Omissão estadual, Descumprimento da função da pena

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the modalities of penalty theory and the type of penalty applied in the Brazilian legal system. In view of this, ask yourself what the applicability of the function of the penalty are. This research deals with the state mission and the failure to fulfill the function of punishment in the Brazilian system, which adopts the Mixed Theory. It is also intended to address problem themes in the judgment of the allegation of non-compliance with fundamental precept no. 347 of the Federal Supreme Court, which assesses the prison

[1] Pós Doutora em Direito. Assessora Jurídica no Governo do Estado de Minas Gerais. Professora de Graduação e Pós Graduação na Estácio de Sá de Belo Horizonte

[2] Advogada. Mestre em Direito pela FUMEC. Professora Universitária do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Belo Horizonte

[3] Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor de Cursos de Graduação e Pós Graduação

situation in Brazil as an “unconstitutional state of affairs” with “massive violation of fundamental rights” of the prison population. , due to omission of the public authorities, thus conceptualizing itself as an “unconstitutional state of affairs”. This is a current problem that is relevant to society, due to the scenario to which, notably, inmates of the Brazilian penitentiary system are subjected. This article carried out scientific research using a consistent methodology in bibliographical research, using the deductive method

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sentence theories, Fundamental rights, Brazilian penitentiary law, State omission, Non-compliance with the function of the penalty

1 INTRODUÇÃO

A aplicação da teoria da pena no Estado Democrático de Direito é um tema de extrema relevância no campo do Direito Penal, pois envolve a busca por um equilíbrio entre a punição dos crimes e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em um regime democrático, a pena deve ser aplicada de acordo com os princípios constitucionais, assegurando a justiça, a proporcionalidade e a dignidade humana. No entanto, apesar dos avanços normativos e doutrinários, muitos sistemas penais ainda enfrentam desafios significativos, como a superlotação carcerária, as condições desumanas de detenção e a reincidência criminal.

Neste contexto, emerge o conceito de "Estado de Coisas Inconstitucional" (ECI), um reconhecimento judicial da existência de violações generalizadas e sistemáticas de direitos fundamentais que demandam respostas estruturais por parte do Estado. Este conceito, inicialmente desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, tem sido adotado em outros países como uma ferramenta para enfrentar crises crônicas de constitucionalidade, particularmente no âmbito dos direitos dos detentos e das condições carcerárias.

O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicação da teoria da pena no Estado Democrático de Direito estabelecendo um cotejamento com o Estado de Coisas Inconstitucional. Busca-se compreender como os princípios fundamentais da justiça penal podem ser efetivamente implementados e respeitados, mesmo em contextos de graves violações sistêmicas de direitos. A análise envolve a revisão dos fundamentos teóricos da pena, a discussão dos princípios constitucionais que norteiam sua aplicação e o exame de casos concretos em que o ECI foi declarado, destacando as implicações e medidas necessárias para a superação dessas situações. Como é próprio da pesquisa acadêmica, adota-se uma metodologia de revisão bibliográfica e estudo de caso jurisprudencial no STF como forma de se apresentar uma abordagem reflexiva sobre a Teoria da Pena.

2. TEORIAS DAS PENAS

A fim de buscar reconstruir a função da pena no Estado Democrático de Direito, serão apresentadas as teorias da pena e suas subdivisões. A relevância deste capítulo e sua afinidade com o tema-problema deste trabalho, se faz imprescindível para compreender tais teorias e como se relacionam com o que se encontra atualmente previsto

no ordenamento jurídico brasileiro, para, posteriormente, adentrar aos desmembramentos da concepção da pena como meio e forma de intimidação.

Imprescindível, pois, conceituar cada categoria pertinente às Teorias das Penas e suas funcionalidades no âmbito do Direito Penal Brasileiro.

Assim, tem-se que quando alguém pratica ato, inicialmente definido por lei como infração penal, estando este tipificado no Código Penal ou por meio da Legislação Penal Extravagante, com as consequentes imposições penais, consistentes nas penas privativas de liberdade e/ou multa, surge para o Estado a possibilidade de exercer o *jus puniendi*, ou seja, seu direito privativo de punir o agente causador do ilícito penal.

Desta forma, a pena pode ser traduzida como retribuição dada pelo Estado a alguém como consequência da prática de infração penal, de modo que esta servirá para que o agente não mais torne a transgredir a lei (BECCARIA, 1999).

Por fim, é de suma importância atentar que a Teoria da Pena envolve teorias subsequentes, que seguem visões distintas, as quais revelam a evolução dos pensamentos dos juristas, inclusive em relação à aplicabilidade no Brasil.

2.1 Teoria Absoluta ou Retributiva

A Teoria Absoluta ou Retributiva tem origem no idealismo alemão e na teoria da retribuição de Kant criada em 1785 (KANT, 2013, p. 269), e se fundamenta na existência da pena em decorrência do delito praticado, ou seja, a, pena, nesta modalidade, serve como retribuição pelo injusto ou mal praticado pelo agente. Trata-se, portanto, de retribuição à conduta do agente que infringiu alguma norma do ordenamento, derivando-se da necessidade de se reestabelecer a ordem jurídica que foi violada em decorrência do fato criminoso cometido.

Sobre a Teoria da Retribuição de Immanuel Kant, discorrida em sua obra "Metafísica dos Costumes", tem-se que o princípio supremo da doutrina dos costumes se baseia no agir do ser humano que deve, para fins de se resguardar, seguir a legislação que valha como ordenamento universal, vez que o que não se adequa a lei universal poder-se-ia dizer ser contrário à moral. Assim, "o princípio supremo da doutrina dos costumes é, portanto: aja segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei universal. – Cada máxima que não se qualifica a isso é contrária à moral" (KANT, 2013, p. 35-36).

Discorrendo sobre a referida teoria, tem-se que o efeito jurídico do delito é a pena, enquanto o delito é a falta moral, *in casu*, o descumprimento da lei, que em seu fim, resulta na retribuição benevolente.

> O que alguém, conforme ao dever, faz além do que aquilo a que possa ser coagido segundo a lei é meritório (*meritum*); o que ele faz apenas de maneira exatamente conforme à última é o devido (*debitum*); o que ele faz a menos do que a última exige, por fim, é uma falta moral (*demeritum*). O efeito jurídico de um delito é a pena (*poena*); o de um feito meritório, a recompensa (*praemium*) (supondo-se que esta, prometida na lei, foi a causa da ação); a adequação da conduta ao que é devido não tem efeito jurídico. – A retribuição benevolente (*remuneratio s. repensio benefica*) não tem relação jurídica com o feito (KANT, 2013, p. 37)

Distingue-se, pois que enquanto o efeito jurídico do delito é a pena, a adequação da conduta ao que é devido, no caso, a recompensa, ou retribuição benevolente não possui efeito jurídico.

Tem-se, pois que o crime ocorre quando existe a infração ao direito, devendo ser vetada por meio da pena, a fim de que se restaure deste modo o Direito que foi violado. Entende o autor que o crime nega o direito, enquanto a pena nega o crime, o que objetiva a reafirmação do Direito. Ao se conceituar o Direito como algo a ser seguido e respeitado, existe a consequência e possibilidade de sua violação.

Ademais, segundo o modelo Kantiano, a pena não poderia deter finalidade relativa:

> Os objetivos de melhorar ou corrigir o homem delinquente (prevenção especial positiva) ou de intimidar ou de persuadir os não delinquentes a não praticar crimes (prevenção geral negativa) seriam ilegítimos. Se o poder político utilizasse a pena como instrumento de emenda ou de dissuasão, o direito acabaria por **mediatizar** o ser humano, ou seja, o homem seria transformado em um *meio* para o alcance de um **fim**, o que tornaria a sanção imoral. Para Kant, a observância das regras morais e o pressuposto primeiro do agir humano e pode ser expressa em imperativo categórico sintetizado em duas fórmulas: primeira, **age segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se tome lei universal, segunda, nunca alguém deve tratar a si mesmo e nem aos demais como simples meio, mas como fim em si mesmo** (CARVALHO, 2013, p. 55) (grifos do original).

Desta forma, verifica-se que, para Kant (2013), quem não cumpre a lei não possui direito de cidadania, merecendo ser castigado pelo soberano. Assim, cabível a punição quando existir claramente desobediência em face da ordem jurídica, com a rejeição de qualquer hipótese de punição quando se tratar de pessoa inocente. Para a antropologia Kantiana, o homem é sempre um ente livre que escolhe conforme sua consciência" (ZAFFARONI, 1989, p. 46).

A Teoria Retributiva, visa, portanto, impor medo ao agente, com vistas a evitar o cometimento do delito por meio da imposição de castigo, vez que com o receio de ser

castigado, de ser punido, o agente se afasta do caminho delituoso, entendendo que o crime não é vantajoso e não compensa, já que, se sua conduta for definida como ato de infração ao ordenamento, deverá ser punido na mesma proporção do delito por si praticado.

A referida teoria não se aplica ao Direito Brasileiro, que adota a Teoria Mista, por entender ser mais adequada ao infrator. Assim, embora a Teoria Retributiva detenha noção de pena como realização da justiça, no ordenamento brasileiro, ela não é vista desta maneira, vez que tão somente visa resposta para o delito praticado por meio de punição, impondo-se a pena como retribuição do injusto causado, ainda que referido resultado seja desnecessário para o bem social.

2.2 Teoria Relativa ou Preventiva

A Teoria Relativa ou Preventiva entende que existe a aplicação de duas modalidades de pena: a prevenção geral e a prevenção especial.

Em relação à prevenção geral, trata-se de penalidade que deve servir como alerta para a sociedade de modo geral, tendo por objetivo demonstrar quais as consequências e punições decorrentes de determinada prática criminosa. Diferentemente da anteriormente mencionada teoria retributiva, em que a função da pena se revela no momento de sua aplicação, a prevenção geral tem efeito prévio, que deve surtir efeitos antes mesmo da prática delitiva.

A prevenção geral pode ser subdividida em negativa ou positiva. A prevenção geral é dirigida à coletividade, com o objetivo de evitar crimes futuros, quer pela intimidação, quer pelo ato de se reafirmar o direito perante a sociedade, enquanto a prevenção especial se gere com exclusividade ao delinquente, com objetivo de que este não volte mais a transgredir a lei, quer seja por sua socialização, reeducação ou mediante a sua segregação, ou seja, retirada do meio social, sendo que dessas teorias é que surge a teoria mista, a ser abordada adiante.

Em relação à prevenção especial positiva, a punição visa à ressocialização do criminoso. Por ressocialização do criminoso, entende-se a sua reinserção na sociedade, praticando atos da vida civil comum, a título exemplificativo, tal qual sua recolocação em sociedade para fins de se inserir no mercado de trabalho, lhe sendo propiciadas oportunidades para isso, tal qual ofertas de emprego, com vistas assim, a ser novamente inserido na sociedade, dela passando a integrar, lhe sendo oportunizado o convívio com pessoas e a oportunidade de reintegração no meio social, com a finalidade de que assim se evite a sua reincidência delitiva e a prática de novas infrações penais.

Sobre o instituto da ressocialização, ensina Luiz Francisco de Oliveira (2020):

> No sistema prisional, o trabalho é um meio de ressocialização que ajuda a reduzir os efeitos da prisão. É por isso que a Lei de Execução Penal, em seu artigo 28, estabelece que o trabalho do condenado é um dever social e condição de dignidade humana que terá finalidade educativa e produtiva. Baseado nisso, o trabalho do preso não pode ser forçado. Portanto, apesar de o trabalho ser obrigatório, não é forçado, já que o apenado pode optar por não trabalhar, se esta for a sua vontade. O único revés que vai sofrer é que seu tempo não será remido, porém não poderá sofrer nenhuma penalidade, trabalhando se assim o desejar. Outra será a situação se o Estado não lhe proporcionar trabalho, pois é obrigatório fornecer ao apenado condições de trabalho ao preso, a fim de que ele possa remir parte da sua pena. Para a doutrina majoritária, a pena é uma consequência da ação delituosa, no que se refere ao aspecto jurídico. A todo aquele que pratica, por ação ou omissão, um fato típico, ilícito e culpável, é imposta uma pena pelo Estado. As finalidades da pena privativa de liberdade evoluíram ao longo do tempo, sendo que o enfoque atual é no sentido de que o preso se recupere. Nos últimos dois séculos chegou-se à conclusão que a pena privativa de liberdade faliu, sendo que, ao invés de recuperar o preso, acaba por enaltecer os seus valores negativos. Com a humanização das penas, o trabalho teve lugar de destaque, pois é uma das mais importantes soluções que, ao mesmo tempo que o dignifica, o ressocializa. Infelizmente a sociedade ainda não percebeu a importância deste instituto para o direito processual penal e execução penal. O grande mal que assola nossa sociedade é a reincidência, ocasionada principalmente pelo preconceito, pela exclusão social, pelo despreparo educacional e profissional e pela falta de oportunidades de trabalho. Isto se deve ao fato de que os egressos do sistema prisional não estão saindo ressocializados. A Lei de Execução Penal prevê expressamente o trabalho carcerário no capítulo III. Nesse capítulo é disciplinado tanto o trabalho interno como o externo e aplica-se a quase todos os tipos de regime das penas privativas de liberdade, quais sejam, regime fechado, semiaberto ou aberto. O trabalho também está disciplinado no Código Penal. Conforme dispõe o seu artigo 34, no regime fechado o apenado fica submetido à total reclusão, para fins de execução da pena. Nestes casos, ele pode trabalhar durante o dia, mas fica isolado durante o repouso noturno. O trabalho deve ser realizado dentro do estabelecimento prisional, conforme suas aptidões, porém permite-se, excepcionalmente, que o trabalho ocorra em serviços ou obras públicas fora do presídio, realizados por órgãos da Administração direta ou indireta. Tal direito é devido até mesmo em caso de condenação por crime hediondo. Não há impedimento para que o condenado por crime hediondo exerça atividade laboral externa, quando presentes as condições permissivas do trabalho extramuros. O condenado por crime hediondo, por força do artigo 6º da Constituição da República, do artigo 34, parágrafo 3º, do Código Penal e do artigo 36 da LEP, pode exercer trabalho externo, não havendo qualquer incompatibilidade desses dispositivos com o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90. No nosso ordenamento jurídico, o trabalho prisional constitui um direito e um dever do condenado. Isto também ocorre na grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo atual. A CF/88 tem como um de seus fundamentos o valor social do trabalho (artigo 1, IV, da CF/88). Já em seu inciso III, do mesmo artigo, é consagrado o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, colocando o homem como centro de convergência da ordem normativa. Isto faz do trabalho e da dignidade humana uma via de mão dupla, não havendo que se falar em trabalho sem dignidade e muito menos dignidade sem trabalho (OLIVEIRA, 2020, p. 16).

A ressocialização, significaria, portanto, conscientização social que torne o delinquente apto à obediência de normas da sociedade que se dão na modalidade

compartilhada. A sua reintegração na sociedade, visa, portanto, evitar a reincidência dos delitos praticados e promover a sua participação ativa na vida social, preferencialmente, sem que para isso seja em tese, a título exemplificativo "julgado" pela sociedade como ex-presidiário ou ex-condenado que não deve gozar de novas oportunidades.

Assim, passa-se a análise de prevenção, efetivando-se a busca pela consciência social da norma e/ou confirmação da vigência desta.

Sobre a prevenção da pena, Francesco Carnelutti "ensinava que a pena deveria ser uma prevenção dos delitos que porventura ocorressem de forma ulterior" (CARNELUTTI, 2015, p. 9). E afirma:

> Se aquilo que é feito é feito e não pode converter-se em não feito, a pena poderá, naturalmente, impedir um novo feito, mas não eliminar o feito já acontecido; tal é o fundamento da inclinação a resolver em *ne pecetur o quia peccatum est ou*, como costumamos dizer, a repressão na prevenção (CARNELUTTI, 2015, p. 9) (grifos do original).

Em relação à prevenção especial, esta fundamenta-se na ideia de prevenção da reiterada delinquência. Assim, a prevenção especial destina-se ao cidadão, promovendo seu afastamento do convívio social, daí surgindo vistas aos institutos da ressocialização/ reinserção ou readaptação à convivência em sociedade.

A Teoria Relativa da Pena atrela-se ao caráter preventivo instituído ao Direito Penal, vez que possui vistas a reeducar o infrator e a desestimular a prática do delito por demais indivíduos, abarcando assim, tanto a pessoa do indivíduo, enquanto cidadão, como a sociedade no todo, no que compete à convivência do referido indivíduo infrator nesta, por meio da necessidade de sua ressocialização, para após voltar ao mencionado convívio social.

Compreende-se, pois, o foco de atenção voltado ao Direito Penal em si, em que o comportamento humano no meio da sociedade passa a ser observado como a motivação do cometimento da infração, com vistas que quando o homem conhece as leis aprende a se adaptar a elas, sendo que quando se modificam as circunstâncias do indivíduo, e este passa a ser educado e alterados seus costumes, tudo que influencia sua vida, no modo mais íntimo e peculiar pode ser melhorado, tornando-se pessoa apta ao convívio social, por meio da socialização ou ressocialização, a depender do caso específico em análise, já que impossível ressocializar alguém que sequer algum dia foi socializado.

2.3 Teoria Mista ou Unificadora

A Teoria Mista é atualmente a modalidade adotada pelo ordenamento brasileiro, assim denominada em razão de possuir dois interesses, tanto a retribuição ao condenado do injusto causado, quanto a prevenção do cometimento de novas condutas delituosas.

Nesta categoria de teoria, a pena possui objetivo de punir o condenado, retribuindo a ele o mal que causou em razão do delito praticado, ao mesmo tempo que a pena visa ainda prevenir novas condutas delitivas por parte do referido infrator.

Efetiva-se, de tal modo o comportamento por parte do criminoso a não praticar novas condutas ilícitas, bem como, receio da própria sociedade em praticar delitos e desobedecer a legislação penal.

A Teoria Mista, desenvolvida por Adolf Merkel (2018), entende a pena como retribuição ao indivíduo condenado pela prática delitiva, além de ser modalidade de prevenir a realização de novas infrações. Trata-se, assim, de combinação entre as teorias anteriormente estudadas, conquanto que a pena pode ser definida como meio de punição ao criminoso, ante ao fato deste desrespeitar as determinações legais, bem como método de prevenir infrações.

A Teoria Mista permite esclarecer os fins da pena e a atuação estatal na aplicabilidade desta para a proteção da sociedade, com vistas ao alcance dos fins preventivos especiais e gerais e na punição como retribuição pelo dano causado pelo agente delinquente. Possui, assim, a finalidade de punir e prevenir.

Ao se tratar da Teoria Mista ou Unificadora, denota-se que esta reúne informações e faz referências às teorias anteriormente apresentadas, com ênfase tanto para a punição direta do infrator, quanto para os apontamentos de advertência à sociedade, no sentido de esmorecer e desencorajar outros indivíduos a cometer o mesmo delito e/ou conduta tipificada como crime. Assim, "A penalidade na esfera criminal, segundo o Código Penal brasileiro, deveria ter como escopo a punição e a prevenção da prática do crime pela reeducação e pela intimidação coletiva" (NÓBREGA, 2021, p. 266).

Desse modo, "as teorias unitárias combinam as teorias absolutas e as relativas". Parte do entendimento segundo o qual "a pena é retribuição, mas deve, por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial" (FRAGOSO, 1995, p. 266-267).

Importante frisar que esta é atual Teoria adotada e modelo utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispositivo do artigo 59 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que dispõe sobre os critérios para aplicabilidade das penas.

Em relação à Teoria Mista ou Unificadora, explica Cavalcante:

> Particularmente, acredita-se que "costurar" uma formulação na outra, ao invés de dissipar as complicações, apenas as agrega. Assim o teórico deve responder às objeções costumeiras das teorias consequencialistas, deve conceituar o merecimento e deve explicar, em especial, como as duas coisas se ligam, submetendo-se uma à outra [...] Anota-se que as teorias mistas comportam outras variações: ora a retribuição prepondera sobre prevenção, ora esta prepondera sobre aquela e, por vezes, as duas são revestidas da mesma importância, mas, para responder a diferentes perguntas em relação à justificação da punição. Nenhuma delas, entretanto, ao desmembrar partes da teoria antagônica, nos oferecem uma explicação coerente para a junção dos princípios que elas combinam. Até em filosofia moral, área em que o debate é muito parecido, "persiste, no entanto, uma certa irredutibilidade das posições" consequencialistas e deontológicas (CAVALCANTE, 2011, p. 14; 16).

A Teoria Mista abarca variações. Em suma, combina as teorias absolutas e relativas. Adolf Merkel (2018) conceitua normas jurídicas, delimita a atuação do Juiz, detalha a aplicabilidade do Direito, lecionando notadamente sobre a dupla face do direito e a problemática da duplicação do direito no ordenamento brasileiro, especificamente em face da teoria mista atualmente utilizada.

As normas jurídicas, portanto, se aplicam de modo automático ao direito, tanto mediante a edição de atos individuais, tais como as sentenças e atos administrativos, como o direito já se encontra finalizado na própria lei, o que denota a importância das referidas normatizações no âmbito jurídico.

Sobre a aplicabilidade das normas jurídicas e do Direito, Adolf Julius Merkl (2018), em sua obra Escritos de Teoria do Direito, diferencia a aplicação prática da teórica, bem como a capacidade do Juiz para definir o Direito, notadamente, possuindo este o poder de soberania e autoridade, assim denominado poder mais forte.

> A capacidade do juiz para dizer o que é o direito, assim como aquela [capacidade] do aplicador do direito, não pode ser avaliada como um sinal do *saber melhor*, o qual talvez se quisesse observar, mas sim apenas como sinal de [um] poder [de uma capacidade] **mais forte**. [...] Apontei que a aplicação do direito, assim como a ciência do direito, ou seja, a teoria e a prática do direito, não são nada senão interpretação do direito. [...] A prática do direito visa a criar direito novo, ao passo que a teoria quer esclarecer o direito atualmente criado, independentemente do grau de desenvolvimento [deste] (MERKL, 2018, p. 118-119) (grifos do original).

Tem-se, pois, que, segundo esta teoria, a aplicabilidade do Direito está condicionada à cognição/compreensão do Juiz a seu respeito, que o interpreta e utiliza de seu autoritarismo ao prolatar a decisão, assim denominada sentença, numa função de desenvolver atividade com objetivo determinado – função volitiva, mas que ainda pormenoriza e considera sua convicção própria, aqui denominada emocional para fins de executar o Direito e proferir sua decisão voltada ao que em seu íntimo compreende como sendo efetivamente seu conhecimento a respeito da matéria, assim denominada direito.

Sobre a dupla face do direito e a problemática da duplicação do direito no ordenamento brasileiro, notadamente em face da teoria mista atualmente utilizada, Merkl Adolf (2018) assim leciona:

> A sistemática jurídica atual é denominada por uma especialização profundamente detalhada, quase inexaurível do conteúdo jurídico dado como a forma de lei, de tal modo que não somente um direito público se opõe a um direito privado, não somente distinguem-se dentro de ambos esses tipos principais de direito – visto de modo correto, [tipos] de **conteúdo** jurídico – um direito do Estado, da administração, penal, processual, civil, comercial e vários outros, mas também aquelas várias espécies de direito – e mais uma vez preciso melhorar [a formulação]: [distinguem-se várias espécies] de **conteúdo** jurídico [...] (MERKL, 2018, p. 148-149) (grifos do original).

A atual sistemática adotada pelo ordenamento pátrio, portanto, praticamente não se exaure do conteúdo jurídico enquanto forma de lei, de modo que as espécies de conteúdo jurídico se distinguem entre si, notadamente, quanto à matéria em apreço.

> De fato, a doutrina orientada pela perspectiva da aplicação do direito por parte do juiz de modo algum se limita a expor o direito ainda não aplicado, o direito no estágio prévio a sua aplicação, mas sim, apesar da limitação desconhecida com respeito à forma jurídica da lei, a qual o direito contém por seu caráter incompleto, tenta ela agrupar em seu conteúdo o todo jurídico. [...] Caso acima eu tenha transformado a doutrina dominante em objeto de crítica, visto que ela somente conta com a forma jurídica da lei, então ela [doutrina dominante] parece se opor ao fato de que além da lei em sentido estrito, conta-se também com a constituição e com os decretos como direito escrito, mas em especial também se atribui um significado maior ou menor ao direito consuetudinário ao lado do direito estatutário (MERKL, 2018, p. 151).

Infere-se das afirmações de Merkl (2018) que a Teoria Mista busca englobar todo conteúdo jurídico, preservando costumes e hábitos da sociedade dentro do direito – direito consuetudinário, ao passo que se encontra em consonância também com o direito estatutário, no caso conjunto de normas vigentes.

Em suma, busca-se por meio da Teoria Mista a retribuição ao condenado do mal por ele praticado e a prevenção, para que o delinquente e a sociedade tenham receio das consequências decorrentes da prática criminosa, com vistas à recuperação do infrator e à proteção dos bens jurídicos, perquirindo-se o equilíbrio social e a paz.

2.4 Teorias Finalista e Funcionalista

A Teoria Finalista, desenvolvida por Hans Welzel (2022), propõe que não há comportamento ou conduta sem propósito, sendo de tal forma, a intenção e a culpa eixo dos fatos típicos.

A razão pela qual Wezel (2022) considerou o esgotamento da análise sobre o dolo:

> Welzel realocou a adequação social não mais como exclusão do tipo penal, mas como causa de justificação; essa novidade foi também abandonada por ele no fim de sua vida, quando a teoria da adequação social já tinha apenas importância marginal. Nesta segunda fase ele também reconheceu a existência de tipos abertos, que não indiciavam o injusto, ou seja, não compreendiam qualquer indício sobre o significado social da conduta. Por fim, a conhecida teoria estrita da culpabilidade avançou ao posto de uma teoria central do finalismo! Segundo essa postura, uma morte ou lesão corporal provocada em estado de necessidade putativo nos casos em que seria possível evita-la foram transformadas em morte doloso e lesão corporal dolosa, respectivamente. Isso porque Wezel considerou existir, nesses casos, a determinabilidade do curso causal, o que para ele esgotaria a análise sobre o dolo (ROXIN, 2014, p. 118).

Na obra *Lo vivo y lo muerto en la teoria del delito de Hans Welzel* [1](2022), é mantida íntegra a concepção de tipicidade da conduta, tanto subjetiva quanto objetiva, sendo que o erro sobre os pressupostos fáticos da excludente, caso inescusável somente pode levar à diminuição da reprovabilidade, com a redução da pena como consequência e se escusável, afasta-se a culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude.

A doutrina "Os vivos e os mortos na Teoria do Crime de Hans Welzel" (2022):

> Não surpreende que algumas das principais teses do finalismo têm sido reconhecidos na literatura e na jurisprudência de muitos países ibero-americanos e que vários livros e manuais de reconhecida influência foram construídos em estreita ligação com algumas das premissas centrais de Welzel (ALVARADO; LÓPEZ; PIZARRO; LÓPEZ, 2022, p. 9) (tradução livre).[2]

Claus Roxin destaca que "o finalismo representa hoje mais do que uma época ultrapassada do pensamento penal" (ROXIN, 2014, p. 116). O finalismo, portanto, traduz ideia modernizada do pensamento penal, com vistas a inovações relacionadas à discussão da pena, incentivo aos debates, críticas elementares e importantes para o desenvolvimento do pensamento penal sistemático, que evidencia a eficácia do direito penal enquanto finalidade.

> O finalismo foi responsável por proporcionar novas bases à sistemática e dogmática do nosso campo do direito, revolucionando a discussão penal fundamental em um tempo de ecletismo e de fundamentos sem qualquer sustentação, como os pregados por Listz e Beling na conhecida teoria clássica do delito. Essas novas bases mostraram-se, aos poucos, apenas parcialmente frutíferas, o que me parece o destino da maior parte dos projetos intelectuais extensos. Não obstante, a teoria da ação final enriqueceu nosso direito penal com várias descobertas e estimulou discussões e críticas, constituindo até hoje

[1] "O vivo e o morto na teoria do delito de Hans Welzel" (tradução livre).

[2] *"**Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel**. No sorprende que algunas de las principales tesis del finalismo [...] hayan sido reconocidas en la literatura y en la jurisprudencia de muchos países iberoamericanos y que varios libros y manuales de reconocida influencia hayan sido construidos en estrecha conexión con algunas de las premisas centrales de Welzel*" (ALVARADO; LÓPEZ; PIZARRO; LÓPEZ, 2022, p. 9) (grifos do original).

> um elemento progressista do pensamento penal sistemático (ROXIN, 2014, p. 128).

A teoria finalista percebe o crime como fato típico, antijurídico e culpável, possuindo assim a capacidade de antecipar o resultado final. A modificação estrutural se apresenta na culpabilidade. Dolo e culpa passam a deslocar-se para o fato típico, em específico para a conduta. A teoria finalista entende que não existe conduta sem finalidade, sendo que o fato típico passa a ser integrado pela relação do dolo e culpa.

> Dentre as diversas teorias da conduta criminal, o Código Penal brasileiro adotou a em linhas gerais a teoria finalista da ação, criada por Hans Welzen na primeira metade do século XX, a qual estabelece que a ação humana é realizada visando o exercício de uma atividade final e não de uma mera atividade causal, estando a finalidade presente, por conseguinte, em toda conduta humana (BRANDÃO, 2000, p. 91).

Embora o Código Penal Brasileiro em vigor (BRASIL, 1940) tenha adotado a teoria finalista, em análise simultânea com o ordenamento jurídico pátrio, tem-se que é inapreciável existir dolo ou culpa para que se possa cogitar possibilidade de configuração de conduta tida como penalmente relevante.

O método utilizado no finalismo segundo seus críticos gerava sistema fechado à solução de problemas, sendo que Claus Roxin (2014) realizou crítica ao referido sistema.

A precípua imperfeição da teoria do finalismo para Roxin (2014) se configura na falta de maleabilidade desta, e por ela não analisar as particularidades de cada caso em concreto, bem como, não ser capaz de oferecer esclarecimento apropriado para a disparidade de razões que podem ensejar o cometimento do crime.

Schunemann (2012) critica a colocação do dolo no tipo no modelo adotado por Welzel, pois para ele a existência da falsa representação da realidade é o agente motor da decisão do sujeito ativo da conduta, enquanto, para Claus Roxin, a formação do sistema jurídico-penal não pode estar vinculada a realidades ontológicas prévias, devendo-se guiar pelas finalidades do direito penal (ROXIN, 2014, p. 47).

O funcionalismo de Roxin (2014) é teoria da criminologia que busca averiguar os motivos para a ocorrência de crime, bem como, tem por escopo apreciar meios de repressão e prevenção do delito. Referida teoria aborda o direito penal como mecanismo de controle social, que visa primordialmente o bem estar social e não a punição.

Cumpre ressaltar que inicialmente se extrai da obra de Claus Roxin (2014), que ele juntamente com Welzel lançaram a teoria finalista, entretanto, Roxin evoluiu para a ideia de funcionalismo, em virtude de acreditar que a sociedade se tratava de sistema

complexo, e que dentro desse dito sistema, cada parte integrante desenvolvia função imprescindível para fins de manter o equilíbrio geral.

Assim, “Roxin também observa que a ideia da retribuição compensadora só se faz plausível mediante um ato de fé, pois racionalmente não se compreende como se pode apagar o mal cometido, acrescentando-se um segundo mal, o sofrimento da pena” (FRAGOSO, 1995, p. 276).

A doutrina de Claus Roxin (2012), Política Criminal e Sistema Jurídico Penal, quando inaugurada em 1970, considerava absorvida a ação dentro do tipo penal, fazendo crítica à teoria finalista de 1962, na qual ele propôs em lugar da teoria finalista da ação a teoria final da tipicidade, em que o tipo determinaria quais as condutas finais que dotariam de sentido jurídico.

Desta maneira, atribuiu somente funções político criminais à tipicidade, à ilicitude e à culpabilidade.

Claus Roxin (2014) associava à tipicidade e à culpabilidade aos fins preventivos da pena, tal como tutores da realização de funções político-criminais. Denota-se que o formato, inicialmente estabelecido em 1970, passou por aperfeiçoamento e foi modificado em alguns pontos, derivando, em 1991, numa posição sistemática funcionalista completa (ROXIN, 2012).

Portanto, dentro da visão funcionalista assumida por Roxin, as categorias da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade são capazes de desenvolver papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas, passando estas cada uma a determinar funções político-criminais (ROXIN, 2012).

Em 1970, Claus Roxin considerou absorvida a ação dentro do tipo penal em razão de sua crítica à teoria finalista de 1962, tendo naquela época sugerido em lugar da teoria finalista da ação se criar ou inserir a teoria final de tipicidade, em que o tipo penal iria determinar quais as condutas finais que dotariam de sentido jurídico. Por isso atribuiu somente à tipicidade e à culpabilidade funções político-criminais (ROXIN, 2012).

Na versão atual, Roxin continua a ressaltar o valor das bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena aplicados fundamentalmente à tipicidade e culpabilidade. Presentes, então, os fins preventivos da pena tanto na visão inicial quanto atual de Roxin (2012).

A tipicidade passou a desempenhar a função de definir taxativamente quais condutas em tese podem ser submetidas à punição estatal, por meio da prevenção geral.

A responsabilidade, para ele, não elimina a culpabilidade, e sim a torna modalidade de prevenção da pena. Une-se a teoria do crime com as finalidades da pena (ROXIN, 2012).

Roxin continua a sustentar funcionalmente a construção dos conceitos fundamentais da teoria do crime, orientando-os para o cumprimento de finalidades derivadas da política criminal, conferindo ao direito penal a tarefa de proteção subsidiária de bens jurídicos, porque o princípio da legalidade deve estar atrelado aos princípios da subsidiariedade e da lesividade (ROXIN, 2012).

Assim, é evidente que o mecanismo do funcionalismo da pena é bastante complexo e não existe delimitação que possa esgotá-lo, sendo que dentre os doutrinadores estudados, tem-se que o que melhor tenta explicar o assunto é Claus Roxin, já que até atualmente faz alusão a tal instituto.

Tem-se que o funcionalismo empregado por Claus Roxin (2012) serve como forma de compreender a inserção da política criminal no cerne do sistema jurídico-penal e os questionamentos políticos-criminais empregados por este jurista, ao modo que são valorativos servem como forma de delimitar a ordem jurídica que busque realizar o que se pode definir por justiça social.

Sobre a função do direito penal, "serve para garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos" (ROXIN, 2018, p. 16-17).

Desta forma, o direito penal serve para tutelar e garantir a segurança de seus cidadãos, de forma firme, mediante a implementação de políticas-sociais que estejam ligadas em menor proporção à liberdade destes.

De acordo com Guaragni (2009, p. 250), a crítica funcionalista ao pensamento finalista consiste no fato de que o método não deve ser restritivo, no sentido de vincular o legislador e a dogmática a estruturas pré-jurídicas, a partir das quais as soluções voltem a vida em sociedade. Tem que se abandonar o universo do ser, como ponto de partida de uma construção sistêmica, para situá-lo ao universo dos valores (dever-ser).

O pensamento funcionalista tem traços pós-finalista e raízes no método relativo a valores e por isso se opõe à metodologia finalista.

De acordo com Fábio André Guaragni:

> Assim, não só as teorias sociais da ação apresentam-se como herdeiras do método neokantiano de elaboração de conceitos mediante a compreensão e valoração do objeto, ao aplicarem-no à conduta humana e a revelarem como fenômeno social, cuja existência depende da atribuição do valor da relevância

> social. O pensamento funcionalista ou teleológico, de traços pós-finalista, erigido no âmbito da dogmática alemã, que há muito ponteia os avanços científicos em tema de teoria do crime (sendo seguida pela doutrina sul-americana), igualmente deita raízes no referido método relativo a valores e – portanto – absolutamente oposto à orientação metodológica finalista. Perfeito, pois, Zaffaroni, ao explicitar que o denominador comum "para todas as tendências contemporâneas (ecléticas ou funcionalistas) [...] é a pretensão de livrar-se de dados ônticos" (GUARAGNI, 2009, p. 251).

Prossegue o referido autor, esclarecendo sobre as teorias da ação social que:

> Passam então a representam uma segunda leitura do Neokantismo no direito penal e o funcionalismo representa na atualidade sua terceira retomada. O método neokantiano é retomado por meio do funcionalismo, com a ideia de Kant, segundo a qual "do ser não se deriva nenhum dever ser" (GUARAGNI, 2009, p. 251-252).

O funcionalismo se caracteriza por total afastamento do raciocínio lógico objetivo do finalismo e deve ser contemplado como ulterior desenvolvimento do neokantismo. Ou seja, o funcionalismo é o desenvolvimento posterior do neokantismo (GUARAGNI, 2009, p. 251-252).

O pensamento funcionalista é mais moderno e tem em comum com a corrente neokantista a dedução dos diferentes níveis sistémicos a partir dos valores e fins que desempenham o papel reitor, ou seja, o papel principal (GUARAGNI, 2009, p. 251-252).

A dedução de conceitos volta a tomar valores como referência, não se apegando ao universo ser, ressuscitando a ideia de Kant (2013). Começam então a surgir partidários do pensamento funcionalista, como o caso de Amelung que passa a apoiar esse movimento (GUARAGNI, 2009, p. 252).

Segundo Fábio André Guaragni:

> Anota Amelung - após engajar-se como partidário do pensamento funcionalista – que os penalistas neokantianos tinham na construção de um sistema teleológico uma "velha aspiração". Neste sentido é que Roxin assume sua intenção de "elaborar, desenvolver e fazer avançar com um novo conteúdo os pontos de partida neokantianos (e neohegelianos) de entreguerra (GUARAGNI, 2009, p. 252).

Assim, verifica-se o surgimento de novos pensamentos funcionalistas.

Franz Von Liszt definiu sobre a função da pena, que:

> A pena correta, isto é, justa, é a pena necessária. Justiça, no direito penal, significa atender-se a uma medida de pena necessária segundo **a ideia da vontade**. Como a pena jurídica é do gênero da autolimitação da força punitiva através da objetivação, assim essa atinge o seu mais alto caráter exaustivo por meio do aperfeiçoamento da objetivação mesma. O absoluto vínculo da potestade punitiva à **ideia do escopo** é o ideal da justiça penal (LISZT, 2007, p. 39) (grifos do original).

"A pena é coerção. Essa se vira contra a vontade do réu, prejudicando ou destruindo aqueles bens jurídicos que são os mesmos" (LISZT, 2007, p. 43). "A pena é

prevenção realizada através da repressão; ou, como igualmente nos é consentido dizer, repressão realizada através da prevenção" (LISZT, 2007, p. 53).

Sobre a diferenciação entre delito e pena (LISTZ, 2007):

> No âmbito da nossa ciência, devemos dar à investigação sobre delito como fenômeno ético-social, e à pena aquela função social, a atenção que a elas compete. Que para nós seja uma antropologia criminal, uma psicologia criminal, uma estatística criminal como ciência particular, disciplina esta mais ou menos remota da ciência do direito penal, é prova da grave culpa que pesa sobre representantes da ciência jurídico-penal (LISZT, 2007, p. 55-56).

Na corrente funcionalista, busca-se a compreensão a respeito das ações sociais coletivas ou individuais e a explicação das sociedades a partir de suas funções e causas.

As diversas correntes surgem da necessidade do direito penal de fixar a referência teleológica de sistema funcionalista, o qual busca examinar o modo que suas vertentes mais representativas repercutem em face da questão central da conduta humana.

Tem-se assim, que o funcionalismo possui visão sistêmica, dotada de diferentes fatores que se unem para enfim formar grande sistema

3. JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONSIDERAÇÕES SOBRE O REFERIDO JULGADO

Neste capítulo, remontar-se-á aos estudos sobre a violação constitucional dos direitos e garantias fundamentais e direitos da humanidade. Além disso, serão expostos os temas-problemas do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 do Supremo Tribunal Federal que considerou a situação prisional no Brasil um "estado de coisas inconstitucional" com "violação massiva de direitos fundamentais" da população prisional, por omissão do poder público, conceituando-se assim como, "estado de coisas inconstitucional".

Define-se por "estado de coisas inconstitucional", segundo Robledo Moraes Peres de Almeida e Felipe Lyra da Cunha:

> Em apertada síntese, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pode ser definido como uma situação fática, proveniente de reiterada omissão inconstitucional, responsável por uma violação massiva de direitos fundamentais. É, pois, uma situação fática, vislumbrada a partir de um caso concreto, daí a dificuldade em formatar um conceito abstrato do instituto. (ALMEIDA; CUNHA, 2019).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma que o Estado de Coisas Inconstitucional:

> "Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial."
>
> A doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional encontra raízes filosóficas no liberalismo igualitário de John Rawls, precisamente na noção de mínimo social, porquanto as condições sociais mínimas são pressupostos para que os indivíduos possam exercer liberdades e direitos básicos. Ausentes tais condições, cabe a intervenção das cortes constitucionais para garantir o exercício desses direitos. (CAMPOS, 2016, p. 95-96).

A Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 pelo Supremo Tribunal Federal - ADPF 347 MC/DF assim decidiu:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea "b", para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea "h", por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas "a", "c" e "d", vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea "e", vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea "f"; em relação à alínea "g", por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. (BRASIL, 2015).

Assim, conclui-se que a medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, julgada pelo Supremo Tribunal Federal - ADPF 347 MC/DF, tratou de ativismo judicial ao conceder cautelar de ofício para determinar à

União e aos Estados, especificamente ao Estado de São Paulo que remetessem àquele órgão informações sobre a situação prisional em comento.

É incontestável que o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da referida medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental que discutia o denominado "estado de coisas inconstitucional" em relação ao sistema penitenciário brasileiro, na mesma ação adotou providências estruturais, visando sanar as violações aos preceitos fundamentais sofridas pelos detentos em decorrência das ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Constatou-se no julgamento violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, bem como a inércia ou incapacidade das autoridades públicas em modificar a conjuntura atual, já que se postulou o deferimento liminar para que se determinassem aos juízes e tribunais, conforme informativo do Supremo Tribunal Federal que:

> a) lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f"; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797. (BRASIL, 2015).

Desta forma, entende-se que o referido julgado foi de extrema importância a subsidiar a garantia dos preceitos fundamentais, fazendo-se valer o princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade, ao reconhecer a "violação massiva de direitos fundamentais" da população prisional, por omissão do poder público, e a partir daí decidir

e fazer efetivamente se cumprir a determinação constitucional e da Lei de Execuções Penais.

CONCLUSÃO

Buscou-se no presente artigo que demonstrar que as garantias e preceitos fundamentais estabelecidos à pessoa humana, devem ser preservados mesmo frente ao sistema prisional brasileiro, que descumpre os princípios da dignidade da pessoa humana e da humidade, bem como, os direitos e garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição de 1988 e os direitos dos presidiários estipulados pela Lei de Execuções Penais.

Demonstrou-se a superlotação carcerária brasileira, por meio da apresentação de dados estatísticos, bem como, conceituou-se sistema prisional, explicando o direito de punir e a finalidade da pena, que no sistema carcerário brasileiro não cumpre sua função.

Ademais, tratou-se dos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade, definindo-se e concluindo-se pela não aplicabilidade destes no sistema carcerário do Brasil, que viola quase que totalmente a dignidade da pessoa humana do presidiário.

Ao final, se evidenciou o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 do Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 347 MC/DF (BRASIL, 2015) que como forma de ativismo judicial decidiu para que os demais poderes passassem obrigatoriamente a cumprir os preceitos legais e os direitos e garantias fundamentais até então desrespeitadas dentro das prisões, os quais vem sendo descumpridos de forma comumente, concluindo o Supremo Tribunal Federal por subsidiar a garantia dos preceitos fundamentais, por meio da determinação de ofício para que à União e os Estados, especificamente o Estado de São Paulo remetessem àquele órgão informações sobre as situações prisionais.

Assim, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela "violação massiva de direitos fundamentais" da população prisional, por omissão do poder público, fazendo valer por meio do ativismo judicial a decisão que proferiu na ADPF 347 MC/DF (BRASIL, 2015).

Se torna evidente que, para garantir o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos direitos dos reclusos estipulados em conformidade com a Lei de Execuções Penais no sistema prisional brasileiro, devem-se buscar medidas eficazes de ressocialização

Imprescindível, pois que, ultrapassem-se os meros discursos para tal, concluindo-se por fazer uma crítica ao sistema prisional brasileiro, que além de não ressocializar e não ser exemplo para os demais países, ainda não cumpre com a função punitiva, já que além de não (res)socializar, acaba por deter situações nas quais a maioria dos presidiários retoma à delinquência, sendo o percentual de reincidência altíssimo.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, Yesid Reyes; LÓPEZ, Carmen Eloísa Ruiz; PIZARRO, Nathalia Bautista; LÓPEZ, Hernán Darío Orozco. ***Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel***. ed. *en español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia*, 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência Da Pena De Prisão:** Causas e Alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Teorias da conduta no direito penal.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 37 n. 148, 2000.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 1940. Planalto: Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 06 jun. 2023.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 1984. Planalto: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 06 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal.** Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 06 jun. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **O Problema da Pena**. São Paulo: Pillares, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTE, Daniel Henrique Saldanha. **Punição, Retribuição e Comunicação:** Contributo ao Estudo da Teoria da Pena Criminal. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PUC-RS, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

LISZT, Franz Von. **A teoria finalista no Direito Penal**. São Paulo: LZN, 2007.

MERKL, Adolf Julius. **Escritos de teoria do Direito**. Rio Grande do Sul: UNISINOS, 2018.

NÓBREGA, Flavianne. Contribuição da Extensão ASIDH da UFPE para o Fórum de Monitoramento do Complexo Penitenciário do Curado: Medida inédita de monitoramento das decisões da Corte Interamericana doe Direitos Humanos *In:* NÓBREGA, Flavianne (Org.). **Democratizando o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** Estratégias para promoção local dos direitos humano. Recife: UFPE, 2021.

OLIVEIRA, Luiz Francisco de. **Trabalho no ambiente prisional:** A utilização prática do trabalho do apenado como causa de (re)inserção social no sistema penitenciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
SOUSA, Lorena Silva de. **A Crise no Sistema Prisional e o Reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional":** Uma análise dos fundamentos fáticos e jurídicos na provocação ao Supremo Tribunal Federal na ADPF de nº 347. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Uberlândia: Uberlândia, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1989.