

JUSTIÇA EM ARISTÓTELES E A PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL

Date of receipt: 03/29/2024

Date of acceptance for publication: 04/26/2024

DOI: 10.54033/icmrv5n2-002

Felipe Labruna¹, Mateus Costa Ferreira²

RESUMO

Desde os tempos mais remotos, busca-se por equilíbrio entre o delito e a punição. Este artigo estabelece uma relação entre o conceito de Justiça em Aristóteles e a proporcionalidade em matéria penal. Para melhor compreensão do tema, inicia-se o estudo pelos principais pontos da obra *Ética a Nicômaco*, especialmente o Livro V, que trata da Justiça. A partir de então, aborda-se o princípio da proporcionalidade e a forma pela qual os conceitos de Aristóteles influenciaram a concepção desse princípio. Ato contínuo, investiga-se a realidade atual do sistema carcerário, sendo avaliadas as estatísticas produzidas pelos órgãos competentes. Por conseguinte, enfatiza-se o Estado de Coisas Inconstitucional para verificar a questão penitenciária à luz da decisão da Suprema Corte brasileira na ADPF n. 347/DF. Ao final, pondera-se acerca da forma pela qual se pune no Brasil para investigar se suas premissas respeitam ou não as balizas do conceito de Justiça aristotélica e o princípio da proporcionalidade. Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizou-se o método qualitativo, por meio da leitura de obras que obedecem ao eixo temático exposto nos objetivos e que permitem o fichamento do repertório selecionado. Além de ter sido analisada jurisprudência, foram coletados dados do censo penitenciário. Finalmente, articulou-se o material consultado com as estatísticas do sistema prisional. Concluiu-se nesta pesquisa que o Poder Executivo é omissivo e ineficiente para garantir os direitos dos encarcerados, não obstante todo o avanço normativo sobre o tema. Como se não bastasse, na prática forense brasileira a proporcionalidade não é mais que mera previsão abstrata.

Palavras-chave: Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Justiça Retributiva. Prisão. Proporcionalidade.

JUSTICE IN ARISTOTLE AND PROPORTIONALITY IN CRIMINAL MATTERS

ABSTRACT

Since ancient times, people have been looking for a balance between crime and punishment. This article establishes a relationship between Aristotle's concept of Justice and proportionality in

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), São Paulo - São Paulo, Brasil. E-mail: fe.labruna@gmail.com

² Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), São Paulo - São Paulo, Brasil. E-mail: mateus.ferreira.adv@gmail.com

criminal matters. To better understand the topic, the study begins with the main points of the work *Nicomachean Ethics*, especially Book V, which deals with Justice. From then on, the principle of proportionality and the way in which Aristotle's concepts influenced the conception of this principle are discussed. Continuously, the current reality of the prison system is investigated, evaluating statistics produced by the competent bodies. Therefore, the Unconstitutional State of Affairs is emphasized to verify the penitentiary issue in light of the decision of the Brazilian Supreme Court in ADPF 347/DF. In the end, is considered the way in which punishment is carried out in Brazil to investigate whether or not its premises respect the guidelines of the Aristotelian concept of Justice and the principle of proportionality. To carry out this research, the qualitative method was used, through the reading of works that follow the thematic line set out in the objectives and that allow the compilation of the selected repertoire. In addition to analyzing case law, data was collected from the prison census. Finally, the material consulted was combined with statistics from the prison system. This research concludes that despite all the normative progress on the subject, in Brazilian legal practice proportionality is no more than a mere abstract prediction. This research concluded that the Executive Power is silent and inefficient in guaranteeing the rights of the incarcerated, despite all the regulatory progress on the subject. As if that weren't enough, in Brazilian forensic practice, proportionality is no more than a mere abstract prediction.

Keywords: Aristotle. Imprisonment. *Nicomachean Ethics*. Proportionality. Retributive Justice.

LA JUSTICIA EN ARISTÓTELES Y LA PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL

RESUMEN

Desde los primeros tiempos, se ha buscado un equilibrio entre el crimen y el castigo. Este artículo establece una relación entre el concepto de justicia en Aristóteles y la proporcionalidad en materia penal. Para entender mejor el tema, el estudio comienza con los principales puntos de la *Ética Nicomaquea*, especialmente el Libro V, que trata sobre la Justicia. A partir de ahí, abordamos el principio de proporcionalidad y la forma en que los conceptos de Aristóteles influyeron en la concepción de dicho principio. Se investiga la realidad actual del sistema penitenciario y se evalúan las estadísticas elaboradas por los órganos competentes. Por lo tanto, se hace hincapié en la situación inconstitucional para verificar la cuestión penitenciaria a la luz de la decisión del Tribunal Supremo del Brasil en la ADPF n. 347/DF. Al final, se reflexiona sobre la manera en que uno se castiga a sí mismo en Brasil para investigar si sus premisas respetan o no los fundamentos del concepto de Justicia Aristotélica y el principio de proporcionalidad. Para el desarrollo de esta investigación se utilizó el método cualitativo, a través de la lectura de trabajos que obedecen al eje temático planteado en los objetivos y que permiten la grabación del repertorio seleccionado. Además de haber sido analizados por ley, se recopilaron datos del censo penitenciario. Por último, el material consultado se articuló con las estadísticas del sistema penitenciario. Se concluye en esta investigación que el Poder Ejecutivo guarda silencio y es ineficiente en garantizar los derechos de los privados de libertad, a pesar de todo el avance normativo en la materia. Como si esto no fuera suficiente, en la práctica forense brasileña la proporcionalidad no es más que un simple pronóstico abstracto.

Palabras clave: Aristóteles. Ética a Nicómaco. Justicia Retributiva. Prisión. Proporcionalidad.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar o conceito de justiça em Aristóteles e traçar sua relação com o princípio da proporcionalidade em matéria penal, especialmente no que tange ao prolongamento indefinido da prisão preventiva. Isso porque, Aristóteles, considerado um dos mais influentes pensadores da história da humanidade, ao se dedicar ao estudo da Justiça, produziu teses que, ainda hoje, são a base para se compreender o que se entende por justo. Aristóteles ensina que a virtude está em evitar os extremos – de um lado, os exageros; de outro, o insuficiente. Ambos não são positivos para se buscar o justo equilíbrio na forma de agir virtuosamente e assim se alcançar a felicidade de maneira individual e coletiva.

Para Aristóteles, toda ação humana visa à felicidade, um ideal que só pode ser atingido por meio da virtude, a qual consiste em pensar e agir corretamente e com equilíbrio. Partindo dessa premissa, pretende-se analisar a situação carcerária para entender se na elaboração e na implementação da lei penal no Brasil respeita-se o conceito de justo segundo o pensamento aristotélico. Com base nessa premissa, busca-se responder às seguintes indagações: existe uma relação entre o conceito de Justiça em Aristóteles e o princípio da proporcionalidade em matéria penal? À luz dos ensinamentos de Aristóteles, é possível considerar que a forma pela qual está sendo elaborada e aplicada a lei penal é justa, especialmente se consideradas as prisões preventivas?

Para responder a estas indagações, inicialmente realiza-se um levantamento bibliográfico criterioso, que obedece ao eixo temático exposto nos objetivos e que permite a fichamento do repertório selecionado. Posteriormente, é coletado e analisado material produzido e veiculado pelos meios de comunicação, sobretudo rádio e televisão, além de dados do censo penitenciário divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional, por meio do Infopen (sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro). Soma-se a esse conjunto de dados a literatura jurídica produzida pela doutrina (livros e periódicos), material de consulta nos *sites* dos tribunais e em diversas plataformas especializadas no tema. Finalmente, articulou-se criticamente

o material consultado com as estatísticas do sistema prisional para formular conceitos pertinentes ao objeto estudado.

2 ANÁLISE DA OBRA *ÉTICA A NICÔMACO* E O CONCEITO DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Antes de se analisar especificamente o conceito de Justiça em Aristóteles, convém uma breve explanação sobre o autor e a obra *Ética a Nicômaco*. Trata-se de uma abordagem inicial necessária para contextualizar o assunto e ajudar a compreender melhor os pressupostos aristotélicos não só em relação à Justiça, mas também no que diz respeito à ética e à própria felicidade individual e coletiva.

Filósofo da Antiguidade, Aristóteles dedicou-se a pensar várias áreas do conhecimento – Biologia, Psicologia, Física, Metafísica, Política, Filosofia do Direito, dentre várias outras. Discípulo de Platão e preceptor de Alexandre o Grande, dedicou-se durante muitos anos a lecionar retórica na Academia de Platão. Com a morte de seu mestre, no entanto, não pôde sucedê-lo na Academia por não ser cidadão ateniense. Essa a razão pela qual fundou sua própria escola intitulada Liceu, a qual se tornou concorrente da Academia.

Aristóteles é um dos mais importantes filósofos do pensamento ocidental. Sua obra é estudada e referenciada ainda hoje ao redor do mundo. Justiça é o tema do Livro V de *Ética a Nicômaco*, material escrito para seu filho, no qual Aristóteles aconselha uma vida virtuosa que conduz à felicidade individual e coletiva. Referida obra é composta por 10 livros (I – Sobre o bem e a finalidade; II – Dos princípios gerais da virtude moral; III – A vontade; IV – Continuação do livro II; V – Da justiça; VI – Das virtudes intelectuais; VII – Disposições diferentes da virtude e do vício; VIII – Amizade ou amor, IX – Amizade ou amor continuação; X – Sobre o Prazer). Em síntese, o autor defende que a felicidade é um bem maior almejado em todas as ações humanas. E, para se alcançar a felicidade, segundo o pensamento aristotélico, é preciso direcionar-se à prática de ações virtuosas.

A felicidade pressupõe a virtude, sendo esta condição daquela. Para Aristóteles, virtude é um hábito. Exemplo disso é o caso de um tocador de cítara, que se torna excelente em seu ofício tocando o instrumento continuamente. Portanto, independentemente do que se faça, para alcançar

a excelência, é necessário criar o hábito de uma ação virtuosa. Por fim, o filósofo acrescenta que só se alcança a felicidade na vida social e política, pois é impossível ser plenamente feliz sozinho, sem a convivência com outras pessoas.

Aristóteles divide as virtudes em duas espécies: éticas e dianoéticas. As primeiras são qualidades de caráter, por exemplo, coragem, generosidade, amabilidade, temperança, magnanimidade e sinceridade. Elas implicam encontrar um justo meio entre extremos, de maneira que, aquele que conseguir fazê-lo levará uma vida feliz. O raciocínio proposto por ele permite exemplificar no que consiste o ato de doar: nessa conduta, há o extremo da prodigalidade, ou seja, daquele que doa ou gasta exageradamente, mas há, também, o extremo oposto, que é a avareza. Ambas as características, segundo o autor, são igualmente condenáveis; a avareza pior, nesse caso, pois o avarento não beneficia ninguém, nem a si próprio. Diversamente, o pródigo beneficia terceiros enquanto faz mal a si mesmo. A excelência, portanto, está em ser generoso, pois o ato de doar é bom para corrigir injustiças e tornar possível uma vida social harmônica; a generosidade é, então, um justo meio entre os extremos da avareza e da prodigalidade.

De outro lado, estão as virtudes dianoéticas as quais dizem respeito ao bom uso da razão. A excelência no uso direto da razão, portanto, é uma virtude dianoética. Dentre essas virtudes estão aquelas ligadas à *episteme*, ou seja, dizem respeito ao estudo do método/ciência. Para Aristóteles, a *episteme* é um hábito demonstrativo, em outras palavras, é a capacidade de fazer demonstração. Além da *episteme*, há o *Noûs*, que é a inteligência ou a capacidade de identificar os princípios da ciência. Soma-se a esses conceitos a razão teórica, que consiste na junção da *episteme* e do *Noûs*, de modo a conseguir fazer demonstrações/comprovações científicas, utilizando-se da correta compreensão dos princípios fornecidos pela própria inteligência.

Apresentado esse breve panorama a respeito dos principais temas envolvendo *Ética a Nicômaco*, passa-se, então, à análise da Justiça. Para Aristóteles, a Justiça é uma virtude e, como tal, é excelência. Assim, uma pessoa torna-se justa praticando atos de Justiça. Trata-se, portanto, de uma disposição de agir que se repete. Assim como nas demais virtudes, a Justiça é um justo meio entre os extremos do egoísmo, daqueles que querem tudo para si; o outro extremo corresponde às pessoas que não reivindicam seus direitos.

Segundo o filósofo, a Justiça pode ser observada sob dois enfoques: o respeito à lei e a conformidade com a igualdade. A justiça geral, ou em conformidade com a lei/legal, é assim descrita em sua obra:

Em geral, a maioria das disposições legais estão constituídas por prescrições da virtude total, porque a lei manda viver de acordo com todas as virtudes e proíbe que se viva de conformidade com todos os vícios. E, das disposições legais, servem para produzir a virtude total todas aquelas estabelecidas sobre a educação para a vida em comunidade. Assim, a lei esgota o domínio ético do cidadão, sendo, por isso, a medida objetiva da justiça no seu mencionado sentido. A justiça geral consiste, pois, no cumprimento da lei. Inversamente, a injustiça total é a sua violação (Aristóteles, 2004, 129a,10).

A Justiça especial, ou em conformidade com a igualdade, é dividida em Justiça distributiva e Justiça retributiva/corretiva. A primeira delas (Justiça distributiva) está ligada à maneira justa de repartir os recursos. Por exemplo, se um bolo deve ser distribuído entre dez pessoas, o mais intuitivo seria reparti-lo em dez partes iguais. Essa seria a igualdade aritmética. Entretanto, essa divisão poderia não ser a mais justa, pois, entre as pessoas que irão recebê-lo, pode haver necessidades específicas distintas que justifiquem a distribuição aritmeticamente desigual para corrigir alguma diferença anterior. Nesse caso, quando há uma divisão aritmeticamente desigual para corrigir alguma diferença anterior, a questão primordial é a isonomia.

Por outro lado, a Justiça retributiva parte da premissa de que aquele que causou prejuízo deve repará-lo ou ressarcir a vítima do prejuízo. Alguém que tenha recebido algo indevidamente deve devolvê-lo, ou quem tenha causado dano a outro, deve repará-lo. Ainda hoje, o conceito de Justiça retributiva é usado para justificar a reparação civil e criminal. Nesse sentido, a própria aplicação da pena, tema que mais de perto interessa ao estudo proposto nesse artigo, seria uma forma de se aplicar a Justiça retributiva.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL E AS ESTATÍSTICAS DE SUA APLICAÇÃO NA PRÁTICA FORENSE BRASILEIRA

É possível considerar como o início do que viria a ser designado princípio da proporcionalidade a Justiça retributiva, abordada em *Ética a Nicômaco*, mais especificamente em seu Livro V. O conceito aristotélico de Justiça retributiva abarca o princípio da proporcionalidade,

pois dispõe sobre o equilíbrio ao retribuir um injusto para restabelecer a ordem diante de um ato lesivo praticado em desfavor de alguém. Além disso, é possível apontar como importante precedente histórico para se positivar o conceito da proporcionalidade a forte contribuição de Cesare Beccaria, principalmente em matéria penal, pois sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764) reclamava por proporção entre o delito e o castigo. Seguindo no curso da História, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) expressamente positivou o princípio aqui estudado ao prever em seu art. 15: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 75-78) destaca que, desde o Iluminismo, procura-se eliminar intervenções desnecessárias do Estado na esfera individual. Segundo o autor, a Constituição Federal de 1988, em inúmeros dispositivos prevê a proporcionalidade: a exigência de individualização da pena (art. 5º, XLI); a proibição de penas cruéis (art. 5, XLVII); a admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLII e XLIV). E, ao final, sublinha: “Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada” (Bitencourt, 2020, p. 75).

O princípio da proporcionalidade, que deve ser observado por todos os Poderes, no âmbito do Poder Judiciário, orienta a aplicação da reprimenda e a correta individualização da pena. A proibição de punições excessivas veio impor limites ao abuso de poder estatal em respeito à dignidade da pessoa humana, uma orientação filosófica que está inserida no mesmo plano de outros princípios garantidores de direitos fundamentais, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a lesividade.

Bitencourt (2020) destaca, por oportuno, três fatores essenciais à correta aplicação da proporcionalidade: a) adequação teleológica: todo ato estatal deve estar balizado em valores da Constituição Federal; b) necessidade: os meios escolhidos devem ser os menos lesivos para atingir o fim desejado; c) proporcionalidade *stricto sensu*: os representantes estatais devem usar os meios adequados e abster-se de usar meios ou recursos desproporcionais. A proporcionalidade deve, então, ser observada em todos os âmbitos da atuação estatal. Na aplicação da pena, sua correta individualização passou por fases distintas.

Em um primeiro momento, na Idade Média, as penas eram indeterminadas, sem limite mínimo e máximo estabelecidos:

A primeira reação do direito penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando um mal justo na exata medida do mal injusto praticado pelo delinquente [...] Por esse novo sistema, a função do juiz limitava-se à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo percebeu-se que, se a indeterminação absoluta não era conveniente, também a determinação absoluta não era menos conveniente (Bitencourt, 2020, p. 831).

Diante disso, surge o sistema hoje adotado, o qual, com base na individualização da pena prevê limites mínimos e máximos dentro dos quais o juiz, observando a proporcionalidade, deve aplicar punição aos condenados, considerando três fases da dosimetria da pena: 1) circunstâncias judiciais; 2) causas de aumento e diminuição de pena; 3) agravantes e atenuantes. Esse sistema foi elaborado para limitar o poder punitivo do Estado em respeito justamente ao princípio da proporcionalidade.

Outro ponto a ser observado refere-se à aplicação do princípio da proporcionalidade no que diz respeito à imposição de prisões cautelares, ou seja, antes da condenação criminal transitada em julgado, conforme sublinha Gustavo Henrique Badaró:

Se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar (BADARÓ, 2008, p. 394).

De fato, em todos os atos dos agentes públicos, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter como norte a mínima intervenção na esfera das liberdades individuais para se atingir os fins almejados, o que deve refletir tanto na elaboração das leis quanto na sua aplicação.

Sobre a elaboração das leis, Pedro Serrano destaca:

um fenômeno que vem sendo pouco percebido, que é a produção de exceção em decorrência não da ausência, mas do excesso de normas – a hipernomia [...] compreende não apenas o fenômeno de profusão de edição de espécies normativas, mas também a atuação do intérprete qualificado do dever poder sancionador que, valendo-se de regras e princípios, expressa normas com uma intensidade que lhe é incompatível (Serrano, 2020, p. 22).

Para o autor, na hipernomia, há um exagero na produção de leis com conceitos abertos e conteúdo indeterminado, o que confere ao intérprete um poder decisório ilegítimo, possibilitando ao aplicador da lei conferir extensão e alcance casuístico. Nesse cenário, o excesso de normas com conteúdo vago equivale à anomia, na medida em que o jurisdicionado não consegue prever a conduta esperada do Estado, efeito assim ressaltado pelo autor:

O excesso normativo equivale à inexistência de norma. A hipernomia possui o mesmo sentido da anomia. O pressuposto que antecede a produção de sistemas sancionatórios é a definição do que é lícito e do que é ilícito. Quando tudo se torna ilícito, o sistema sancionatório deixa de existir por não cumprir seu pressuposto sintático e ôntico primário (Serrano, 2020, p. 23).

Da conjugação entre a elaboração e a aplicação das normas surgem as estatísticas do sistema prisional brasileiro. Hoje, o Brasil ocupa o terceiro lugar entre os países que mais encarceram. A taxa de crescimento do encarceramento brasileiro, conforme se observa, é exponencial, pois de 1990 a 2014, a população carcerária aumentou 575%, segundo dados divulgados pelo Infopen.

Por outro lado, a taxa de aprisionamento entre 2008 a 2014, nos quatro países com as maiores populações carcerárias, indica um movimento no sentido inverso: os EUA reduziram 8%, a China diminuiu 9% e, a Rússia, reduziu 24%. O Brasil, por sua vez, de maneira alarmante, e no sentido oposto, aumentou 33% seu índice de encarceramento no mesmo período, levando a concluir que, se o país mantiver esse ritmo de crescimento da taxa de aprisionamento, poderá chegar à primeira posição dos países que mais prendem em todo o mundo.

Os números divulgados pelo Infopen sinalizam que, atualmente, há cerca de 700 mil presos, 40% deles provisórios, ou seja, sem sentença definitiva. Por si, o número já demonstra o excesso no uso das prisões preventivas, as quais deveriam ser a exceção, visto que ainda não há culpa formada. Além disso, muitos desses presos provisórios são absolvidos ou, quando condenados, recebem penas restritivas de direitos ou são colocados no regime aberto. Daí a desproporcionalidade da medida, pois, em muitos casos, a segregação cautelar dura mais tempo do que a pena imposta na sentença (Brasil, 2018).

A situação é ainda mais grave quando o preso preventivo é absolvido posteriormente: “Ao contrário do que se pensa, entre 37% e 50% dos presos provisórios ou serão inocentados ou

receberão penas de reclusão inferiores ao tempo que ficaram privados de liberdade. Isso significa que cerca de 20% dos encarcerados cumprem pena de prisão injustamente” (Serrano, 2020, p. 19).

Não se pode desconsiderar também a ilegalidade de se manter uma prisão provisória mais gravosa do que a pena definitiva, o que é pior do que utilizar o encarceramento cautelar como antecipação de pena, pois pune-se mais severamente com a prisão preventiva do que ao final do processo. Nessas hipóteses, há uma clara violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da proporcionalidade. Por essas razões, a prisão preventiva muitas vezes é utilizada como medida de exceção, cujo alvo são pessoas negras, pardas, jovens e periféricas.

Segundo o levantamento do Infopen, 64% da população prisional é formada por pessoas negras, ao passo que na população brasileira, 53% é negra. No mesmo sentido, 55% da população prisional é composta por jovens assim considerados até 29 anos, conforme a Lei n. 12.852/2013. Entretanto, na população geral, apenas 18% são jovens. Depreende-se dessas estatísticas que o principal alvo do sistema penal são jovens negros. Sobre estes recaem as medidas de exceção, dentre as quais se destacam o uso arbitrário e desproporcional da prisão preventiva para crimes, os quais, em caso de condenação, não levam ao regime fechado. Assim, as prisões cautelares possibilitam ainda mais a prática de excessos punitivos e as discriminações do Poder Judiciário que, segundo as estatísticas aqui apresentadas, prende em maior quantidade a população negra, pobre e periférica (Brasil, 2018).

Se por um lado há em matéria penal um excesso quanto à criação e a aplicação de normas punitivas, por outro existe uma ineficiência por parte do Poder Executivo para criar as vagas prisionais necessárias que possam garantir a dignidade dos detentos. Ambas as situações geram injustiças tendo em vista o conceito aristotélico, vez que tanto os excessos quanto as omissões estatais são igualmente condenáveis. Sobre a omissão do Poder Executivo no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais dos presos, ao julgar a ADPF 347/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro que será melhor descrito em seguida.

4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma teoria recente, cuja origem se deu na Corte Constitucional da Colômbia, cuja finalidade é reconhecer a violação sistêmica e estrutural de direitos fundamentais. Sob a influência da decisão da Corte colombiana, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou, no Brasil, perante o STF, a ADPF n. 347/DF, subscrita por Daniel Sarmiento (Sarmiento, 2015). Na petição inicial, Daniel Sarmiento inicia sua argumentação comparando as prisões brasileiras ao inferno descrito em *A Divina Comédia*, de Dante Alighieri.

Para referido jurista, a frase “Abandonai toda a esperança, vós que entráis”, colocada na entrada do inferno descrito na obra de Dante Alighieri, poderia figurar na porta de qualquer estabelecimento prisional brasileiro:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticados por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos (Supremo Tribunal Fderal, 2015).

A petição inicial da ADPF n. 347/DF prossegue destacando a adequação da ação proposta face ao preenchimento dos requisitos próprios: violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade. Somam-se às características descritas a superlotação e as condições insuportáveis do sistema prisional, configurando um cenário fático incompatível com a Constituição Federal de 1988. Daí o motivo de se afirmar a presença da ofensa a diversos preceitos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura e do tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Na referida ação o PSOL sustentou que a situação atual das penitenciárias é consequência de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos. Segundo a exordial, os órgãos

administrativos negligenciam preceitos constitucionais e legais ao não criarem a quantidade de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de maneira a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, impedindo, assim, o acesso aos direitos fundamentais da população carcerária. Daniel Sarmiento argumenta que a União Federal estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário (Funpen) ao não repassar aos Estados as verbas necessárias às melhorias do sistema prisional. Destacou-se, ainda, que os decretos de prisão do Poder Judiciário sem fundamentação violam o art. 93 da Constituição Federal de 1988 e colaboram para o superencarceramento ao colocar na prisão pessoas que sequer foram julgadas (Sarmiento, 2015).

A ADPF ainda trouxe à tona o tema da audiência de custódia, que não havia sido implementada à época, embora prevista nos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Frisou-se que o Poder Legislativo estaria aprovando legislação “simbólica”, expressão de populismo penal, isto é, leis que não tinham efeito prático, mas que eram aprovadas apenas para aplacar o sentimento punitivista de parte da população, a qual, influenciada pela mídia, clama por rigor punitivo. Ao final, a inicial pede ao STF que seja determinada a adoção de inúmeras providências listadas na ADPF n. 347 tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Na sessão plenária de 9 de setembro de 2015, o STF, ao julgar o pedido de liminar na ADPF n. 347/DF, reconheceu expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária. Além disso, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF para determinar que (1) os juízes fundamentem a não aplicação das medidas cautelares alternativas do art. 319 do CPP; 2) seja realizada a audiência de custódia, em 24h após a prisão (PIDCP, art. 9.3 e CADH, art. 7.5), com aplicação do Direito Internacional; (3) que os juízes considerem o quadro dramático do sistema penitenciário quando determinarem alguma prisão; (4) que se apliquem as penas alternativas (CP, art. 44); (5) que a União libere o saldo acumulado do Funpen, abstendo-se de novos contingenciamentos (Supremo Tribunal Federal, 2015).

O voto do ministro Marco Aurélio Mello, então relator da ADPF n. 347/DF no STF, é elucidativo ao delimitar as responsabilidades por esse Estado de Coisas Inconstitucional, conforme se lê da transcrição abaixo:

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. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo (Supremo Tribunal Federal, 2015).

Referido relator propôs que a resolução desse problema deve ser feita por meio de políticas públicas e de ações conjuntas dos poderes. Do seu voto consta ainda que não obstante a fatura de previsão legislativa em favor de presos e presas, as leis simplesmente “não pegaram”, ou seja, não foram devidamente aplicadas:

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade (Supremo Tribunal Federal, 2015).

O STF decidiu de forma unânime em 04 de outubro de 2023 que há uma violação generalizada dos direitos fundamentais no sistema prisional do Brasil. Isso inclui a negação de direitos básicos aos detentos, como integridade física, alimentação, higiene, saúde, educação e trabalho. O Tribunal afirmou que a situação atual das prisões compromete a capacidade do sistema de cumprir seus objetivos de garantir a segurança pública e promover a ressocialização dos presos. Após o julgamento da ADPF n. 347/DF, a Suprema Corte estabeleceu uma série de medidas a serem adotadas pelo Poder Público. Isso inclui a definição de prazos para que a União, Estados e Distrito Federal, com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desenvolvessem (em até 6 meses) e implementassem (em até 3 anos) planos para resolver a situação em suas respectivas

jurisdições. Os prazos para os Estados e o Distrito Federal começariam após a aprovação do plano federal.

Tais planos devem abordar três problemas principais do sistema: (1) falta e baixa qualidade de vagas, (2) excesso de detenções (quando a prisão não é necessária) e (3) atraso na liberação de presos (cumprimento de penas por mais tempo do que a condenação). Os planos precisariam ser aprovados pelo STF e sua execução seria supervisionada pelo CNJ, com acompanhamento também do STF.

Outras medidas incluem: (1) a realização de audiências de custódia dentro de 24 horas após a prisão, preferencialmente com a presença do juiz, para avaliar a necessidade e legalidade da detenção; (2) a separação de detentos provisórios dos condenados definitivos; (3) a realização de estudos e a regulamentação, pelo CNJ, da criação de varas de execução penal, proporcionalmente ao número de varas criminais e à população carcerária de cada unidade da federação.

Eis a tese do julgamento da ADPF n. 347/DF:

“1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.” (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Após o julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que o problema prisional é desafiador em todo o mundo, mas a decisão do STF pode representar um progresso para enfrentá-lo. Ele expressou a esperança de que isso melhore, mesmo que minimamente, as condições degradantes do sistema prisional brasileiro. O Ministro ressaltou que, embora os presos sejam privados de liberdade, não devem ser privados de dignidade, e a decisão tem implicações sociais, considerando que um sistema penitenciário deficiente alimenta a criminalidade (Supremo Tribunal Federal, 2023–A).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os tempos mais remotos, busca-se por equilíbrio entre o delito e a punição. Na obra *Ética a Nicômaco* é possível encontrar algo que seria o precedente do princípio da proporcionalidade, especialmente no Livro V, no qual se aborda o conceito de Justiça retributiva. Com o passar do tempo, foram se aprimorando as previsões normativas, com a criação de princípios limitadores da intervenção do Estado na esfera individual, criando-se o princípio da proporcionalidade. Não obstante todo o avanço normativo sobre o tema, na prática forense brasileira a proporcionalidade não é mais que mera previsão abstrata.

As estatísticas analisadas neste artigo demonstram que há um excesso punitivo tanto na elaboração quanto na aplicação das leis penais. Por outro lado, o Poder Executivo é omissivo e ineficiente para garantir os direitos dos presos, ocasionando o que o STF reconheceu ser um Estado de Coisas Inconstitucional decorrente desse conjunto de ingerência dos poderes públicos. Entende-se, portanto, que o sistema prisional brasileiro é injusto se considerado o conceito aristotélico de Justiça, pois não pune de maneira equilibrada, desrespeitando o princípio da proporcionalidade.

Os resultados desta pesquisa podem ser úteis para a sociedade e para a academia. Primeiramente, ao destacar o excesso punitivo na elaboração e aplicação das leis penais, os resultados podem alimentar debates públicos e políticos sobre a necessidade de reformas no sistema de Justiça criminal. Isso pode levar a mudanças legislativas que promovam uma abordagem mais equilibrada entre delito e punição, alinhada com os princípios da proporcionalidade e da Justiça retributiva. Além disso, a identificação da omissão e ineficiência do Poder Executivo na garantia dos direitos dos presos pode pressionar por melhorias nas condições carcerárias e no tratamento dos detentos, contribuindo para a promoção dos Direitos Humanos e para o combate ao Estado de Coisas Inconstitucional. Recomenda-se que trabalhos futuros abordem essas questões utilizando métodos de pesquisa diversificados, como estudos de caso e análises qualitativas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 381-408, 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811>>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Departamento Penitenciário Nacional. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Homens. Brasília, 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.

SARMENTO, Daniel. **As masmorras medievais e o Supremo**: análise da constitucionalidade do sistema prisional brasileiro é a tarefa relevante do STF. São Paulo: Portal JOTA, 06 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>>. Acesso em: 22 abr. 2024.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de excção no século XXI. **Themis** – Revista da Esmec, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, vol. 18, nº 01, p. 197-223, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/769>>. Acesso em: 19 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: Poder Judiciário, protocolada em 27 abr. 2015, com v. Acórdão proferido em 04 out. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 24 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro**. Brasília: Poder Judiciário, 2023-A. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>>. Acesso em: 25 abr. 2024.