



**Inovação e
Empregabilidade**

FACULDADE CAMBURY
ESCOLA DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**ADPF 347, MICHEL FOUCAULT E LUIZ REGIS PRADO SOB A
PERSPECTIVA DO PUNIR**

ORIENTANDA: DULCIANNY MEDEIROS PINTO SANTANA
ORIENTADOR: PROF. DR. MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA
CUNHA E CRUZ

**GOIÂNIA
2016**

ORIENTANDA: DULCIANNY MEDEIROS PINTO SANTANA

**ADPF 347, MICHEL FOUCAULT E LUIZ REGIS PRADO SOB A
PERSPECTIVA DO PUNIR**

Artigo Científico apresentado à disciplina
Trabalho de Conclusão de Curso III, Curso
de Direito da Faculdade Cambury, sob a
orientação do Prof. Dr. Marco Aurélio
Rodrigues Da Cunha E Cruz

GOIÂNIA

2016

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus pais, Lourdes Medeiros Pinto Santana e Valdivino Santana, minha filha Anna Clara Medeiros e ao meu companheiro Alex Martins Devergenes, na esperança de poder merecer o sentimento de orgulho pelo esforço empreendido e o resultado alcançado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
INTRODUÇÃO.....	6
1 UMA BIOGRAFIA DE MICHEL FOUCAULT RELACIONADA AO TEMA.....	7
2 UMA PROPOSTA DE INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA DE MICHEL FOUCAULT NO PUNIR.....	10
3 O PUNIR COMO FORMA DE SOCIALIZAÇÃO E A PROPOSTA DA MULTA SUBSTITUTIVA PARA PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO DE LUIZ REGIS PRADO.....	12
CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS.....	18

Adpf 347, michel foucault e luiz regis prado sob a perspectiva do punir

Dulcianny Medeiros Pinto Santana

RESUMO: O presente estudo pretendeu estudar a obra de Michel Foucault e a sua contribuição para a forma de vigiar e punir utilizada pelo Estado. Uma vez que, levanta-se a questão se a utilização do suplício humano como forma de punir, não reeduca, tampouco impede a reincidência do crime. O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em ruínas, com prédios em decadência. Discute-se no presente trabalho a utilização de castigos corporais. Em suma, o sistema penal adotado no Brasil apresenta a necessidade de mudanças, pois ainda punimos como se estivéssemos no século XIII. Luiz Régis apresenta a multa como política criminal alternativa às penas privativas de liberdade de curta duração. Temos também a concessão parcial do Supremo Tribunal Federal sobre a cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), a qual trata do descumprimento de princípios constitucionais, tal como da Dignidade da Pessoa Humana. A metodologia utilizada envolveu o método dedutivo e a pesquisa teórica.

Palavras-chave: Vigiar e Punir. Sistema Penitenciário. Michel Foucault. Multa Substitutiva. ADPF 347.

Abstract: This study aimed to study the work of Michel Foucault and his contribution to the form of monitoring and punishing used by the state. Since it is raised the question whether the use of human torture as a way to punish, does not re-educate, nor prevents the recurrence of crime. The Brazilian penitentiary system is in ruins, with buildings in decay. It is argued in this study the use of corporal punishment. In short, the penal system adopted in Brazil is in need of change, we still punish as if we were in the thirteenth century. Luiz Régis has a fine as an alternative criminal policy to short custodial sentences. We also have a partial concession of the Supreme Court on the injunctive requested the accusation of breach of fundamental precept (ADPF 347), which deals with the breach of constitutional principles, such as Human Dignity. The methodology used involved the deductive method and theoretical research.

Key-words: Discipline and Punish . Penitentiary system. Michel Foucault. Replacement fine . ADPF 347.

INTRODUÇÃO

Michel Foucault, nascido em 1926, formado em Psicologia e Filosofia, no decorrer de sua vida, discorreu temas de interesses jurídicos, contribuindo amplamente ao Direito. Num de seus trabalhos, com o título Vigiar e Punir, publicado em 1975, indaga as práticas do Direito, perfazendo-se uma visão nem um pouco convencional, trazendo à tona uma discussão sobre o suplício¹ como forma de punição e a sua substituição pela privação da liberdade. Analisando as mudanças nos sistemas penais da sociedade ocidental.

¹ Termo utilizado no livro de Foucault, Vigiar e Punir, p. 55, para descrever as torturas e barbáries utilizadas como forma de punição àqueles que eram sentenciados.

Suplício = s.m. Castigos corporais; tortura, sevícia. Intensa e prolongada dor física: a dor de dentes é um suplício. Fig. Tudo que provoca grande sofrimento moral; aflição intensa e prolongada: a presença dela é para mim um suplício.

Inicia sua análise pela forma de punir do final do século XIII até o início do século XIX. Discutindo sobre o que chama de “espetáculo”² até o sistema prisional. Neste sentido, cabe comparar se a forma de punir pelo Estado no final do século XIII imposta ao sentenciado ainda é praticada sob os olhos da lei no início do século XIX, diante de tantas “aberrações” que ferem os direitos previstos na Constituição Brasileira de 1988.

Este tema é importante na medida em que nos leva à conclusão que ainda é praticado o suplício humano, como retribuição ao crime. Vemos o Estado, que deveria ressocializar este indivíduo, criar centros de tortura, seja de ordem física ou psicológica, vistos nos sistema prisional. Esta constatação pode ser lida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 347 (ADPF 347), a qual trata das graves violações de direitos humanos encontradas no sistema penitenciário brasileiro.

A hipótese é que ainda é praticado o suplício humano, como retribuição ao crime. Esta hipótese se pauta na identificação dos fatores que refletem uma perspectiva de “congelamento” ou “estranhamento” nas relações dos indivíduos para com a sociedade e da sociedade para com o indivíduo, que enfrenta uma dicotômica relação entre a proposta de homogeneização social diante de um sistema de controle e disciplinarização dos sujeitos sociais e a real e concreta heterogeneidade da sociedade que se efetiva de forma desigual e que se legitima pelo “lugar” de onde se fala, articulando-se em seu discurso de poder. Vemos, portanto, o Estado que deveria ressocializar este indivíduo, cria centros de tortura, seja de ordem física ou psicológica, vistos nos sistema prisional.

A metodologia utilizada envolveu o método dedutivo e a pesquisa teórica. Apresenta-se, também, a proposta de Luiz Régis Prado, que contempla a multa como política criminal alternativa às penas privativas de liberdade de curta duração.

1 UMA BIOGRAFIA DE MICHEL FOUCAULT RELACIONADA AO TEMA

Sendo considerado um grande pensador do pós-estruturalismo e do pós-modernismo, a filosofia de Michel Foucault influenciou um grande número de

²Termo utilizado no livro de Foucault, *Vigiar e Punir*, p. 58, para descrever as cenas de horrores que se submetiam os sentenciados.

movimentos de protesto na França e no mundo anglo-saxão desde 1970 (o movimento anti-psiquiatria, de prisioneiros, o movimento feminista, entre outros). E neste vasto campo de Estudos de Gênero influenciou Judith Butler, David Halperin, Leo Bersani, Didier Eribon. Trouxe pensamentos diferentes do tradicional para a História do direito e, em termos de teorias sociais (sobre ética, Bruno Karsenti e Mariapaola Fimiani) ou social (no lado político, Paul Rabinow e Eric Fassin), através da revisão da economia política tem Giorgio Agamben, Antonio Negri, Judith Revel e Maurizio Lazzarato.

Didier Eribon, em sua esclarecedora biografia sobre o pensamento de Michel Foucault, narra-nos este episódio:

Foucault, ao apresentar a sua tese de doutorado *Folie et Dérison* a Georges Canguilhem, ouve, por parte desse, o seguinte comentário: “Se isso fosse verdade, a gente saberia. (ERIBON, 1990, p. 103).

E apesar de um mal-estar na sociologia, explana o método que permite que o sociólogo que visa a abordagem de Foucault obtenha uma concepção construtivista fundamental nesse sentido, tendo como base como o indivíduo é criado no "social". A concepção de que Foucault defendeu intelectuais contra os poderes, avançando a figura do “intelectual específico”, e a desmercantilização do saber e sua relação com o marxismo, continuam a alimentar uma controvérsia.

Foucault discorre minuciosamente os horrores do sistema penal no século XIII ao início do século XIX. Isso nos permite verificar que houve mudanças das penas, mudanças nas aplicações das penas, porém se faz necessário essa reflexão para o entendimento do que está sendo feito de errado. Se existe algo errado no sistema penal atual, refletimos também a eficiência dos métodos atuais de punição e a aplicabilidade desses métodos.

O suplício humano ainda se faz presente nos dias atuais. Sob essa perspectiva, analisamos como melhorar o nosso sistema penal, revendo-o, não só do ponto de vista das leis, mas da aplicabilidade destas. "As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta". (FOUCAULT, 1999, p.292).

Numa breve análise podemos observar que houve evolução do sistema penal, do ponto de vista físico e tecnológico, se compararmos ao período citado por

Foucault, pois a atrocidade da época como o corpo supliciado era estagnante, mas é preciso melhorar ainda mais.

As cadeias estão superlotadas, prédios com infiltrações causados por chuva, más condições de trabalho aos carcereiros; e principalmente, o que diz respeito aos reclusos, até que ponto este corpo não está mais sujeito ao suplício. Problemas estes que não sanam, tampouco remediam a crescente criminalidade. E o que fazemos com aquele que comete o delito, que tipo de punição seria mais eficaz?

Estas preocupações estão escritas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, cuja parte da ementa se lê que:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Nos países onde as penas são mais severas, tais como pena de morte ou prisão perpétua, o índice de crimes não decresceram. Em países como o Brasil, é comum encontrarmos relatos de tortura, como forma de interrogação, de agressões severas e cruéis que nos remetem a tempos em que o suplício era um meio legal e público de punição.

Sendo de suma importância não só uma reconsideração do sistema penal, no que diz respeito à parte física, que são os presídios, mas também numa revisão da legislação que por muitas vezes vitimiza o homem gentio e de poucas posses.

Para Gabriela Maia Rebouças a obra de Michel Foucault está dividida em partes de forma clara que expõe a proposta sobre a punição com os pontos críticos, que é evidenciada pelo suplício e apresenta a disciplina, a vigilância e o adestramento com forte cunho político, mas que de forma crítica incita a mudança de visão.

Vigiar e Punir está dividido em quatro partes. O suplício, a primeira, ressalta o ritual e o corpo do condenado. Em seguida a punição, compreendendo a punição generalizada e a mitigação das penas. A terceira parte concentra-se na disciplina, é a maior e mais detalhada: estão em discussão os corpos dóceis, adestrados, a vigilância e o panoptismo. A quarta e última parte é dedicada à Prisão, com instrução completa e austera, explicitando a relação entre ilegalidade e delinquência e guardando uma observação especial

sobre o papel do carcerário. O livro não tem conclusão. Parece querer seguir outra funcionalidade, de incitação, resultado do ativismo político engendrado pelo GIP. (REBOUÇAS, 2013).

Sendo a visão de Michel Foucault uma visão inovadora sobre a forma de punir, trazendo discussões atuais sobre o poder imposto pelo Estado sobre a punição.

2 UMA PROPOSTA DE INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA DE MICHEL FOUCAULT NO PUNIR

Uma contribuição de Michel Foucault ao Direito é trazer a tona uma nova perspectiva sobre a sociedade atual e a “individualidade” dos sujeitos sociais. Diga-se que Foucault pega o caminho oposto ao da lei punitiva para rediscuti-la. Mesmo que se haja um único código, ao que todos estão submetidos como iguais, as verdades não são estáveis e rediscuti-la é necessário para a análise de cada caso de forma imparcial, mas coerente e coesa com a realidade individualizada de cada ser.

É também por meio de M. Foucault que se observa aqueles que são tidos como uma minoria. E remete-se a uma “defesa da sociedade”, em prol de uma Ética que seja coerente com a organização social pleiteada em direitos iguais, como o caso do racismo, da homossexualidade, da loucura, dos prisioneiros, alguns grupos de estrangeiros, soldados e crianças.

E embasando-se nisso, uma de suas contribuições se estabelece como uma análise das instituições do Estado, manicômios, prisões, quartéis e escolas (instituições essas que ele chamou de ‘instituições disciplinares’), que estão para o indivíduo como uma função castradora de seus direitos. Ele (Foucault) propõe que, a forma que temos de normalizar a sociedade como um todo é valorizando uma subjetivação do indivíduo.

E em destaque se apresenta a incisiva ideia de esclarecimento e rediscussão do Sistema Penal e Prisional a que a sociedade encontra-se submetida. É exatamente a isso que M. Foucault critica, que a sociedade está “submetida” a uma escala de poder legitimada por um código de leis, para fazer com que o Estado que impera no que ele define por “biopoder” manipule e controle os indivíduos como submissos e alheios à uma condição humana de igualdade. Essas relações de “microfísicas do poder” são justamente a descontinuidade de um código que entra

em contradição estabelecendo direitos iguais a sujeitos de realidades incompatíveis, e uma organização mantenedora de um sistema que enxerga certos grupos sociais de formas e tratamentos diferenciados, sendo que dispõem, ao menos em regra, de direitos iguais.

Michel Foucault tece sua filosofia investigando a história, com uma perspectiva singular e crítica acerca de vários temas, de forma decisiva, faz uma leitura da política do mundo que o cerca. Em seus livros e textos traz ideais sobre a lei e a sociedade, principalmente sobre o controle da sociedade se impondo sobre as relações de poder, com um discurso de organização e controle daqueles que seguem ou não as normas.

Num de seus trabalhos, com o título *Vigiar e Punir*, publicado em 1975, indaga as práticas do Direito, perfazendo-se uma visão nem um pouco convencional, trazendo à tona uma discussão sobre o suplício, como forma de punição, e a sua substituição pela privação da liberdade. Analisando o processo gradativo de mudanças nos sistemas penais da sociedade ocidental. Inicia sua abordagem pela forma de punir do final do século XIII até o início do século XIX. Discutindo sobre o que chama de “espetáculo” até o sistema prisional. Levando-nos a uma reflexão sobre a necessidade de uma revisão sobre o sistema penal, onde diz: “Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas.” (FOUCAULT, 1975, p.82)

Então, o que dizermos sobre o punir? Alguns pensadores além de Foucault, também exprimem suas ideias a respeito do punir, tais como:

À comunidade, o credor far-se-ão pagar a sua dívida. Aqui não se trata só de um prejuízo: O culpado é também violador do compromisso, e falta à sua palavra à comunidade que lhe assegurava [...] o culpado é um devedor que não só não paga as suas dívidas, senão que também ataca o credor [...] a cólera dos credores ofendidos constituiu-o outra vez no estado selvagem [...] o castigo é simplesmente a imagem, a mímica da conduta normal a respeito do inimigo detestado.[...] que perdeu todo o direito não só à proteção, mas também à piedade. (NIETZSCHE, 1844, p.65)

Para Foucault a punição deve ter um cunho diferente não apenas de retribuição ao crime praticado, mas com uma função de corrigir, reeducar e curar.

A punição vai-se tornando, pois a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; [...] a mecânica exemplar da

punição muda às engrenagens. [...] É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. A execução da pena vai ser tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça [...]. E acima desta distribuição de papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, curar. (FOUCAULT, 1971 p.13)

Nietzsche traz a ideia de que a punição, a pena, seria um ato público de vingança, onde o infrator passa a ser visto como inimigo sendo detestável e passivo à ira de uma sociedade. No livro *Vigiar e Punir*, Foucault traz como uma alternativa para a pena que implica em suplício, o *panoptismo*, que seria uma forma de disciplinarização e controle do indivíduo, o que segundo Foucault, uma vez que disciplináramos o indivíduo, quando este cometesse um delito seria submetido a tal processo e poderia ser adestrado³. Porém, é tido por especialistas como utópico e não aplicável, pois visa adestrar as pessoas para que fossem bons cidadãos e não mais cometessem delitos e não infringissem as normas ditadas pelo poder. Consistindo num sistema de vigiar e punir, onde seria como um sistema carcerário, parecido com o sistema militar, onde a disciplina seria rigorosa e o indivíduo seria adestrado. Porém a aplicabilidade desse sistema e a funcionalidade são discutíveis, pois não há comprovação de que mesmo sob tortura, ou modelo de adestramento, quando a estes submetidos não mudam a sua conduta, quando encontram um momento oportuno.

Esta reflexão conduz a visualizar que o poder do Estado não se resume em legitimar sua força sob o indivíduo, mas de resguardar uma sociedade que deve também observar o indivíduo como parte integrante que o compõe.

3 O PUNIR COMO FORMA DE SOCIALIZAÇÃO E A PROPOSTA DA MULTA SUBSTITUTIVA PARA PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO DE LUIZ REGIS PRADO

Partindo da observação de Foucault, trechos de obras e estudos de grandes pensadores e filósofos que visaram levantar um conceito do punir, para analisarmos tanto a contribuição de Foucault ao Direito, como também indagarmos sobre as mudanças na visão do que é punir, não devemos esquecer que existem fatores que

³ O termo adestramento é utilizado por Foucault, p. 164, livro *Vigiar e Punir*.

refletem uma perspectiva de “congelamento” ou “estranhamento” nas relações dos indivíduos para com a sociedade e da sociedade para com o indivíduo, que enfrenta uma dicotômica relação entre a proposta de homogeneização social diante de um sistema de controle e disciplinarização dos sujeitos sociais e a real e concreta heterogeneidade da sociedade que se efetiva de forma desigual e que se legitima pelo “lugar” de onde se fala, articulando-se em seu discurso de poder.

Quando se refere sobre um sistema a ser aplicado de forma geral e unânime, nos referimos a algo que submeta todos os indivíduos que num ponto comum, ou seja, que estejam relacionados por um pertencimento a uma determinada sociedade. Assim, se torna algo extremamente complexo, por se tratar de uma redefinição desse agrupamento social, a sociedade como um todo, que se subdividindo, gera uma tonificação diferenciada em uma articulação de poder. Então, é imprescindível analisar “quem” são essas pessoas que formam esse grupo que defere o que diz respeito ao que seja a “justiça”, e como alguns poucos indivíduos são capazes de definir “pesos e medidas” que enquadrem os demais indivíduos, em face de um mesmo conjunto de normas e regras que gerem essa organização social.

A proposta de Foucault sobre a historicidade do *punir* e sua problematização sobre o *suplicio* e a privação da liberdade nos remete a uma indagação sobre a “evolução” desse quadro de julgamentos e penas. Como e o quê se alterou durante esse decorrer do tempo, na constituição de um sistema de disciplinarização e normatização na sociedade que temos hoje.

Durkheim percebe a sociedade como um ciclo evolutivo, no qual a sociedade prevalece sobre o indivíduo, e impõe o que é ou não aceitável, e o Estado tendo como função fundamental as sanções sociais para punir o indivíduo infrator e prevenir novas infrações. Define, então, o punir como uma função do Estado e cabendo a nós submissão a essas normas, sendo impostas de forma física, moral ou religiosa.

Todavia, se a sociedade só obtivesse de nós essas concessões e esses sacrifícios por imposição material, não poderia despertar em nós senão a ideia de força física à qual devemos ceder por necessidade, e não a ideia de força moral do gênero das que as religiões adoram. Mas na realidade, o domínio que ela exerce sobre as consciências vincula-se muito menos à supremacia física de que tem o privilégio do que à autoridade moral de que está investida. Se nos submetemos às suas ordens, não é simplesmente

porque está armada de maneira a triunfar das nossas resistências, é, antes de tudo, porque constitui o objeto de autêntico respeito. (DURKHEIM, 1989, p. 260-261).

Para Hegel, citado por Queiroz (2005), o criminoso ao infringir uma norma em seu ato delitivo tem por direito a pena, pois sabendo de sua existência e cometendo o ato, tem ciência e faz opção pela sua própria punição.

A pena para Hegel apresenta-se, em conclusão, como condição lógica inerente à existência mesma do direito, que não pode permanecer sendo direito senão pela negação da vontade particular do delinquente, representada pelo delito, pela vontade geral (da sociedade) representada pela lei. (QUEIROZ, 2005, p. 23)

O sistema intermedia os criminosos, sendo assim, o punir tem uma função ampla não só de retribuir aquele que pratica o delito, mas também deve ser analisado como o conjunto de interesses daqueles que legislam as leis.

as normas jurídicas e os ordenamentos jurídicos, como todos os atos normativos editados pelo poder de um dado Estado, traduzem de forma explícita, seja em seu conteúdo, seja pelas práticas que o sustentam, as características, interesses, e ideologia dos grupos que legislam”. (AGUIAR, 1999, p.115)

Mas também um ponto de discussão sobre as suas causas e efeitos, para que o Judiciário não se preocupe somente com a vingança pública que é a pena, mas tornando mais efetivo de modo a não criar novos criminosos.

Segundo Enrique Gimbernat, “A pena é talvez o meio mais doloroso de que dispõe o Estado para controlar a vida social, está apenas justificada porque tanto quanto dolorosa é necessária: a diferença entre dispor ou não de uma dogmática jurídico-penal desenvolvida é a diferença entre dispor dos mecanismos precisos para que a pena permaneça sempre sob controle e não seja aplicada mais do que naquelas hipóteses em que é verdadeiramente necessária para a manutenção de uma convivência social suportável, e perder o controle sobre esse terrível meio de política social, pois a insegurança conceitual incapacita, em primeiro lugar, para obter formulações legais que abranjam todos e apenas os casos que se considerem socialmente necessário reprimir e traz consigo, em segundo lugar, que, uma vez posto o tipo penal no mundo, inicie-se uma marcha que se desconhece para onde, por qual caminho e de que modo se conduzirá.”

As penas privativas de liberdade sempre tiveram destaque no sistema penal, tendo sido, a sanção punitiva mais difundida, isto porque não ressocializa e

tampouco reduz a reincidência, não sendo de uma forma geral, efetiva para a recuperação do delinquente.

A pena como vingança pública parecer ser a tônica da sessão realizada no dia 09 de setembro de 2015, apresentada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347. Discutiu-se as graves violações dos direitos humanos no sistema penitenciário. Os ministros pediram providências para a crise prisional no Brasil, sendo reconhecido o “estado de coisas inconstitucional”⁴.

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

(ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

A ADPF 347 não só conseguiu determinar que no prazo máximo de 90 dias os tribunais passem a realizar audiências de custódia, mas também de garantir que o preso se apresente a autoridade judiciária dentro de até 24 horas contadas a partir da prisão. Tal mudança visa a celeridade e o cumprimento de direitos, tal como a explicitação da motivação das decisões.

⁴ Termo utilizado pela Corte Constitucional colombiana que, desde a *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 1997, para designar um quadro de violação massiva de direitos fundamentais.

Deixou-se claro que o Estado responde pelo preso, sendo de responsabilidade da União o cumprimento da lei e a aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Para viabilizar a aplicação e melhoria do Sistema Penitenciário, o qual foi tido como falido, o ministro Celso de Mello apresentou a proposta de utilização do fundo penitenciário nacional, para que o Poder Judiciário intervenha na aplicação desse recurso na melhoria do sistema.

O ministro Ricardo Lewandowski destacou que será firmado um termo de cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para a identificação biométrica dos presos, começando pelo Distrito Federal.

Os pontos apresentados para debate levantam a necessidade de mudanças no Sistema Prisional Brasileiro, que se encontra falido. É latente a necessidade de melhorias para um sistema mais célere, eficaz e que traga retorno a sociedade de forma positiva, trazendo avanços que modificarão a visão do punir.

Neste contexto, foi reconhecida a falência das políticas públicas do sistema prisional, e, por consequência, da pena como forma de *vendetta*. Segundo Enrique Gimbernat (2004, p.40), a pena é talvez o meio mais doloroso de que dispõe o Estado para controlar a vida social, está apenas justificada porque tanto quanto dolorosa é necessária: a diferença entre dispor ou não de uma dogmática jurídico-penal desenvolvida é a diferença entre dispor dos mecanismos precisos para que a pena permaneça sempre sob controle e não seja aplicada mais do que naquelas hipóteses em que é verdadeiramente necessária para a manutenção de uma convivência social suportável, e perder o controle sobre esse terrível meio de política social, pois a insegurança conceitual incapacita, em primeiro lugar, para obter formulações legais que abranjam todos e apenas os casos que se considerem socialmente necessário reprimir e traz consigo, em segundo lugar, que, uma vez posto o tipo penal no mundo, inicie-se uma marcha que se desconhece para onde, por qual caminho e de que modo se conduzirá.

As penas privativas de liberdade sempre tiveram destaque no sistema penal, tendo sido, a sanção punitiva mais difundida, isto porque não ressocializa e tampouco reduz a reincidência, não sendo de uma forma geral, efetiva para a recuperação do punido. Abordemos a proposta de Prado (1995, p.404), a qual

apresenta como medida de política criminal alternativa a substituição às penas privativas de liberdade de curta duração pela aplicação de multa.

No século XXI a pena privativa de liberdade de curta duração “é encarada ceticamente, porquanto mesmo no aspecto ressocializador – tido como positivo – vem se revelando ineficaz.” (PRADO, 1995). Para a Comissão Internacional Penitenciária, os estabelecimentos onde ocorrem o cumprimento da pena são mal instalados e não dispõem de pessoal adequado, o sistema penitenciário não permite empreender ação educativa e um grande número destes delinquentes perdem o medo da prisão e diminui sua dignidade pessoal, fazendo com que tenham muita dificuldade de reinserção na sociedade. É também um processo muito oneroso para o Estado as despesas e manutenção de um condenado, que não tem a garantia de ao sair da prisão poderá se tornar mais ou menos agressivo, com reincidência na prática de crimes.

A proposta de substituição pela multa pode ajudar na manutenção do Sistema Penitenciário, pois o dinheiro arrecadado pode ser revertido na melhoria do Sistema Penitenciário. Embora haja discussões a respeito da substituição da pena por multa, percebe-se que a mesma não obsta a ressocialização do delinquente, certamente por não extirpá-lo da sociedade e por mantê-lo ainda hábil para o trabalho, e para que o mesmo não tenha contato com o ambiente deletério da prisão.

A preocupação com o empenho monetário para otimizar o sistema penal foi uma preocupação do ministro Celso de Mello na ADPF 347, pois apresentou a proposta de utilização do fundo penitenciário nacional, para que o Poder Judiciário intervenha na aplicação desse recurso na melhoria do Sistema Penitenciário.

É importante ressaltar que, para Luis Régis Prado, os casos de reincidência não será viável tal medida, para que o pagamento de multa não seja meio de fuga das responsabilidades sociais de ordem e respeito para com todos. A proposta de Luiz Régis Prado converge com o pensamento de Michel Foucault, onde a substituição da pena de privação de liberdade por multa, evitaria danos à moral e integridade física do condenado. Lembrando que seria mais vantagem ao Estado, visto o alto custo de manutenção deste preso.

CONCLUSÃO

Tal posicionamento do Poder Judiciário e Poder Legislativo contribui para mudança, pois não basta amontoar seres humanos em cubículos e tirá-los a dignidade.

O punir é dever do Estado, mas deve ser feito de forma eficaz, célere e que proporcione a ressocialização do criminoso, pois a sociedade precisa de métodos para diminuir a criminalidade e não de escolas do crime.

Por isso a mudança que Michel Foucault vislumbrava em sua ávida crítica ao sistema é extremamente relevante, uma vez que este sistema vem repetindo os mesmos erros. Devemos, portanto, investir em mais pensadores como Luiz Régis Prado, que não temem a discussão, mas buscam assim como a ADPF 347 mudanças. E que essas mudanças possam trazer uma verdadeira justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 5 ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1999.

AZEVEDO, José E. **A penitenciária do estado - as relações de poder na prisão**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, 1997. 174p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Gulbenkian: Serviço de Educação Fundação Calouste, 1998.

BELO, Warley. Foucault e o direito penal: vigiar e punir. **Revista Jus Navigandi**. jus.com.br. 2004.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Temas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos**. Ed. Lumen Juris. Recife: O Autor, 2010.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **O futuro do direito penal:** tem algum futuro a dogmática jurídico-penal. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.p.40-41

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844-1900. **Genealogia da moral:** uma polêmica. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PRADO, Luiz Régis. **Multa substitutiva: Medida de Política Criminal Alternativa. Revista dos Tribunais,** v.722, p. 404 - 413, 1995.

SANDER, J. A caixa de ferramentas de Michel Foucault, a reforma psiquiátrica e os desafios contemporâneos. **Psicologia & Sociedade,** v.22, n.2, 2010. p.382-387.