

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Camila Ungar João

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO NÚCLEO DE
SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO
PAULO: uma perspectiva redutora de danos**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Camila Ungar João

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO NÚCLEO DE
SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO
PAULO: uma perspectiva redutora de danos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda.

São Paulo

2021

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras e ou eletrônicos.

Assinatura_____

Data_____

*e-mail*_____

Camila Ungar João

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO NÚCLEO DE
SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO
PAULO: uma perspectiva redutora de danos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito, na área de concentração em
Direito Processual Penal, sob a orientação da
Professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Dr^a. Eloisa de Sousa Arruda – PUC/SP (Orientadora)

Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – PUC/SP

Dr^a. Mariana Chies Santiago Santos – USP

Aos meus pais, Vera e Belmiro.

AGRADECIMENTOS

À professora Eloisa de Sousa Arruda, pela confiança depositada, pela disponibilidade oferecida e por todos os ensinamentos e bons exemplos de conduta, desde a época da graduação.

Ao professor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, pelas valiosas e estimulantes contribuições no exame de qualificação e nas aulas ministradas, em especial na disciplina de Execução Penal, que cursei durante a graduação, e que abriu o meu olhar para a questão carcerária.

Ao professor Marcelo Augusto Custódio Erbella, pela disponibilidade e pelas generosas contribuições no exame de qualificação.

A todos os professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e colegas de mestrado, cuja convivência presencial foi prejudicada por conta da pandemia.

A todos os profissionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que compartilham das mesmas angústias e inconformismos e que tornam a pesada realidade que permeia a nossa atuação mais suportável.

Ao Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública, pela disponibilidade durante a pesquisa e pelo tempo em que fui membra, quando pude estar por diversas vezes dentro dos muros das prisões e constatar toda a sorte de violações a direitos.

À minha família, especialmente à minha amada avó Lenke e ao meu avô Ferencz Ungar, sobrevivente de Auschwitz: talvez venha daí a minha absoluta indignação com o estado de exceção operante nas prisões brasileiras.

Aos meus pais, por me ensinarem desde pequena a importância do estudo. À minha mãe, por acreditar em mim. Ao meu pai, cujo largo currículo acadêmico e amor pelo ofício de professor serviram de estímulo para que eu fizesse o mestrado.

Ao Guilherme, por ser meu grande companheiro no mestrado, na carreira e na vida, e à Bela, minha companheira de quatro patas, que esteve ao meu lado durante cada linha escrita desta dissertação.

“Se alguém pensa que ali sua influência se perderá, que sua voz não mais atormentará os ouvidos do Estado e que ele não será como um inimigo dentro de suas muralhas, é porque não sabe o quanto a verdade é mais poderosa que o erro, nem o quão mais eloquente e eficazmente pode combater a injustiça aquele que já a tenha experimentado em sua própria carne. Dá o teu voto inteiro, não uma simples tira de papel, mas toda a sua influência.”

Henry David Thoreau

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar criticamente o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Assim, como ponto de partida, abordamos a ilegitimidade do sistema penal, com a constatação de que o direito penal se presta, historicamente, à reprodução das desigualdades sociais e do racismo, e que a pena de prisão exerce papel central no controle social da pobreza. Em um segundo momento, discorremos sobre o fenômeno do encarceramento em massa e sua configuração no Brasil. Assim, uma vez desenvolvido o arcabouço teórico e fático explicativo para tal Estado de Coisas Inconstitucional, passamos a demonstrar suas consequências práticas, por meio de dados e estatísticas, que dão conta das violações massivas e persistentes do estatuto jurídico dos presos. Disso, concluímos que o Estado de Coisas Inconstitucional é insanável, pois diz respeito a um sistema prisional que é ilegítimo e desgovernado, ante o encarceramento massivo de um público-alvo, de modo que medidas redutoras de danos não se prestam a torná-lo menos inconstitucional, mas a estreitá-lo, reduzindo os danos por ele produzidos. Nesse ponto, destacamos a importância da adoção, pelos órgãos de execução penal, em especial pela Defensoria Pública, dado o seu papel na defesa dos interesses do coletivo carcerário, de práticas redutoras de danos no âmbito da execução penal. No mais, dada a importância da utilização de núcleo especializado pelas defensorias públicas para ajudá-las a cumprir esse múnus ético, optamos por exemplificar a atuação judicial coletiva *lato sensu* do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, cuja atuação territorial se dá no estado da federação que encarcera cerca de um terço de toda a população carcerária nacional. Para tanto, utilizamos de levantamento de dados com análise de conteúdo, a partir dos relatórios semestrais de atividades do órgão, de domínio público, dentro de um recorte temporal e temático, que indicará que a Defensoria Pública é um importante ator no processo de deslegitimação do poder punitivo, servindo de instrumento ao acesso à justiça da massa carcerária do sistema carcerário paulista, cuja atuação tem gerado resultados favoráveis, mas ainda tímidos, tendo em vista a necessidade de maior adesão dos demais atores do sistema de justiça a uma agenda de redução de danos.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Sistema carcerário brasileiro. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Redução de danos.

ABSTRACT

The present work aims to critically analyze the phenomenon of the Unconstitutional State of Affairs related to the Brazilian prison system, recognized by the Federal Supreme Court in the context of the provisional measure judgment in ADPF 347. Thus, as a starting point, we approach the illegitimacy of the penal system, with the observation that Criminal Law historically lends itself to the reproduction of social inequalities and racism and that the prison sentence plays a central role in the social control of poverty. In a second moment, we discuss the phenomenon of mass incarceration and its configuration in Brazil. Thus, once the theoretical and factual explanatory framework for such an Unconstitutional State of Affairs has been developed, its practical consequences begin to be demonstrated through data and statistics, which account for the massive and persistent violations of the legal status of prisoners. From this, it is concluded that the Unconstitutional State of Affairs is incurable, as it concerns a prison system that is illegitimate and ungoverned, in the face of massive incarceration of a target audience, so that damage-reducing measures do not lend themselves to making it less unconstitutional, but to narrowing it down, reducing the damage it produces. At this point, we highlight the importance of the adoption, by the Criminal Enforcement Bodies and by the Public Defender Office, given their role in defending the interests of the prison collective of damage-reducing practices within the scope of criminal enforcement. Moreover, given the importance of the use of specialized center by the Public Defender Office to help them comply with this ethical mission, it is chosen to exemplify the collective judicial *lato sensu* action of the Specialized Nucleus of Prison Situation of the Public Defender Office of the State of São Paulo. His territorial action occurs in the State of the Federation, which incarcerates about 1/3 of the entire national prison population. For this purpose, data collection with content analysis is used, based on the agency's Semiannual Activity Reports, in the public domain, within a temporal and thematic perspective, which will indicate that the agency is an important actor in the delegitimization process of punitive power, serving as an instrument for access to justice for the prison population of São Paulo prison system, whose performance has generated favorable results, but still timid, given the need for greater adhering to the other actors of the justice system to an agenda of damage reduction.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs. Brazilian prison system. Public Defender Office of the State of São Paulo. Damage reduction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 1 DA ILEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL REPRODUTOR DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E DO RACISMO	 15
1.1 Da falsidade do discurso jurídico-penal	16
1.1.1 Teorias “legitimadoras” das penas	19
1.1.1.1 <i>Direito penal mínimo e garantismo penal</i>	23
1.1.2 Teorias deslegitimadoras da pena.....	26
1.1.2.1 <i>Crítica negativa/agnóstica</i>	27
1.1.2.2 <i>Crítica materialista/dialética</i>	29
1.1.3 Da ilegitimidade do sistema penal e da necessidade de adoção de uma política criminal reduzidora de danos.....	32
1.2 A pena de prisão como instrumento de controle social da pobreza	35
1.2.1 Antecedentes: <i>a prisão na Antiguidade e na Idade Média</i>	36
1.2.2 Idade Moderna: <i>do surgimento da pena de prisão</i>	37
1.3 Seletividade penal	51
 2 ENCARCERAMENTO EM MASSA E SUA CONFIGURAÇÃO NO BRASIL	 57
2.1 Encarceramento em massa	57
2.1.1 O fenômeno no Norte Global	58
2.1.1.1 <i>A explicação culturalista de David Garland</i>	60
2.1.1.2 <i>A explicação neoliberalista de Loïc Wacquant</i>	65
2.1.1.3 <i>A explicação institucional de Jonathan Simon</i>	69
2.1.1.4 <i>A explicação racial de Michelle Alexander</i>	70
2.1.2 Importação pelos países periféricos.....	72
2.1.3 A realidade brasileira.....	74
2.1.3.1 <i>O (mau) exemplo paulista</i>	76
2.1.3.2 <i>Da adequação dos modelos explicativos dos países hegemônicos</i>	81

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RELATIVO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	88
3.1 Estatuto jurídico do preso <i>versus</i> realidade carcerária brasileira	88
3.1.1 Proibição de tratamento desumano e degradante e superlotação	90
3.1.1.1 <i>Princípio do numerus clausus</i>	97
3.1.2 Assistência material	99
3.1.2.1 <i>Alimentação</i>	100
3.1.2.1 <i>Vestuário e itens de higiene</i>	101
3.1.3 Assistência à saúde	104
3.1.3.1 <i>Emergência sanitária da COVID-19</i>	108
3.1.4 Fornecimento de água potável	111
3.1.5 Assistência educacional e trabalho penitenciário	113
3.1.6 Integridade física	117
3.2 Princípio da <i>less eligibility</i> (menor elegibilidade)	122
3.3 O Estado de Coisas Inconstitucional.....	124
3.3.1 Precedentes	124
3.3.2 Adoção no Brasil	127
3.3.2.1 <i>Reconhecimento pelo STF no julgamento da ADPF nº 347</i>	128
4 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL.....	134
4.1 Órgãos da execução penal.....	134
4.1.1 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP)	136
4.1.2 Juízo da Execução	137
4.1.3 Ministério Público	139
4.1.4 Conselho Penitenciário	140
4.1.5 Departamentos penitenciários	141
4.1.6 Patronato.....	142
4.1.7 Conselho da Comunidade.....	142
4.1.8 Defensoria Pública.....	144
5 A ATUAÇÃO JUDICIAL DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	154
5.1 Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo	154

5.2 Metodologia: levantamento de dados e análise de conteúdo.....	157
5.3 Levantamento de dados: atuação judicial por temas.....	159
5.3.1 Proibição de tratamento desumano e degradante e a superlotação.....	159
5.3.2 Assistência material.....	165
5.3.2.1 <i>Alimentação</i>	165
5.3.2.2 <i>Vestuário e itens de higiene</i>	167
5.3.3 Assistência à saúde.....	167
5.3.3.1. <i>Emergência sanitária da COVID-19</i>	173
5.3.4 Fornecimento de água potável.....	176
5.3.5 Assistência educacional e trabalho penitenciário.....	178
5.3.6 Integridade física.....	180
5.4 Análise de conteúdo	182
 CONCLUSÃO	 187
 REFERÊNCIAS	 193
 APÊNDICE – RELATÓRIOS SEMESTRAIS DO NESC/DPESP	 206

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objeto central de pesquisa o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativo ao sistema penitenciário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do julgamento de medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, e, como objeto secundário, a atuação judicial do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NESC/DPESP) sob uma perspectiva redutora dos danos decorrentes do ECI.

Assim, o trabalho se propõe, principalmente, a trazer um arcabouço teórico e fático explicativo para o incontestado colapso do sistema penitenciário brasileiro, que acarretou o reconhecimento do ECI pelo STF, e a demonstrar as consequências práticas de tal realidade carcerária, por meio de dados e estatísticas (inclusive os disponibilizados pelo NESC/DPESP na referida ADPF, na condição de *amicus curiae*, fazendo um recorte territorial para o contexto paulista) que dão conta das violações massivas e persistentes dos direitos dos presos, e, a partir de tais constatações, destacar a importância da adoção, pelos órgãos de execução penal, com destaque para a Defensoria Pública, de práticas redutoras de danos, no âmbito da execução penal, sendo que a atuação judicial do NESC/DPESP, objeto secundário de pesquisa, entra justamente nesse contexto de uma agenda político-criminal redutora de danos.

A fim de atingir tais escopos, já no primeiro capítulo, fixamos o pressuposto teórico do trabalho: a ilegitimidade do sistema penal e a necessidade de adoção de uma política criminal redutora de danos.

Abordamos a falsidade do discurso jurídico-penal, por meio da desconstrução das teorias legitimadoras das penas, feita pelas críticas negativa/agnóstica e materialista/dialética, que apontam para a ilegitimidade do sistema penal brasileiro, fato que restará ainda mais cristalino após a realização de uma análise histórica da pena de prisão, a fim de demonstrar que ela nada mais é, desde a sua origem, que um instrumento de controle social da pobreza, eis que o próprio sistema penal se presta a reproduzir as desigualdades sociais vigentes e o racismo, e o faz por meio da seletividade penal.

Nesse contexto, fazemos considerações, sob um viés crítico, sobre o direito penal mínimo e o garantismo penal, dada a sua importância para a implementação de uma política criminal redutora de danos.

Fixadas essas premissas, buscamos, no segundo capítulo, discorrer sobre a persistência da prisão nas sociedades contemporâneas-neoliberais e o fenômeno do encarceramento em

massa e sua configuração no Brasil, que escancaram a ilegitimidade do sistema prisional brasileiro e serve de pressuposto fático para o ECI.

Nesse ponto, imprescindível trazer as principais explicações para o fenômeno no Norte Global, haja vista que elas foram, em certa medida, importadas pelos países periféricos, a exemplo do Brasil. Após discorrermos sobre a realidade brasileira, há um tópico sobre a realidade penitenciária paulista, por ser aquela enfrentada pelo NESC/DPESP, cuja atuação analisamos no quinto capítulo. Por fim, fazemos uma análise sobre a adequação dos modelos explicativos dos países hegemônicos ao fenômeno experimentado no Brasil.

No terceiro capítulo, tratamos do abismo que há entre o estatuto jurídico do preso e a realidade brasileira, no qual se demonstra que o sistema prisional brasileiro, além de ilegítimo, opera de forma ilegal, pois os órgãos operantes não costumam exercer seu poder de acordo com a programação legislativa tal como expressa pelo discurso jurídico-penal, em um estado de exceção permanente.

Para demonstrar o descompasso entre as normas garantidoras de direitos e a realidade intramuros, abordamos os seguintes temas: proibição de tratamento desumano e degradante (com breves apontamentos sobre o princípio do *numerus clausus*), assistência material (alimentação e vestuário e itens de higiene), assistência à saúde (especialmente diante da emergência sanitária da COVID-19), fornecimento de água potável, assistência educacional, trabalho penitenciário e integridade física.

Também fazemos uma breve análise do princípio da *less eligibility* (menor elegibilidade) – que é uma das justificativas utilizadas para que haja tal discrepância entre a norma e a realidade, pelo qual as condições de vida no cárcere devem ser muito piores do que as condições de vida do mais miserável dos operários livres, e que acaba determinando os rumos da política criminal e contribuindo para a configuração do ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro, reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF nº 347.

Contudo, antes de tratarmos do reconhecimento do ECI no bojo da ADPF nº 347, discorreremos sobre os precedentes dessa teoria – criada e desenvolvida, ao largo de uma série de acórdãos, pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) – e de sua adoção pelo Brasil.

Feitas essas análises, esperamos que o leitor já possua um panorama da situação carcerária brasileira quando, no quarto capítulo, discorrermos sobre os órgãos da execução penal, que possuem um múnus ético de minimizar os danos e dores causados pelo ECI e sofridos pela população carcerária, por meio da adoção de uma agenda político-criminal redutora de danos, dando destaque à Defensoria Pública, que é o órgão da execução penal responsável por

velar por sua regularidade e pelos direitos humanos, oficiando para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, individual e coletivamente.

Nesse ponto, fazemos ponderações sobre a postura a ser adotada pelo defensor público ante a constatação de que, tal como os demais atores do sistema de justiça criminal, também faz parte de um sistema penal (e prisional) ilegítimo.

Em que pese a importância da atuação processual defensiva no curso da execução penal, de caráter individual, interessa-nos neste trabalho a atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses do coletivo carcerário, de vulnerabilidade presumida, a qual independe de qualquer consideração acerca da hipossuficiência econômica dos presos.

Para tanto, partimos de uma leitura ampla do conceito de “necessitado”.

A fim de cumprir esse múnus ético e jurídico, parece imprescindível que a Defensoria Pública, enquanto órgão da execução penal, se utilize de núcleo especializado, previsto no artigo 98, II, *b*, da Lei Complementar nº 80/94, para receber suporte e auxílio no desempenho de tal função.

Nesse sentido, espera-se de um núcleo especializado em situação carcerária da Defensoria Pública uma litigância estratégica, com impacto social e larga abrangência, sobretudo no estado de São Paulo, que concentra cerca de um terço da população carcerária nacional.

O objeto secundário do trabalho é, portanto, a atuação judicial do NESC/DPESP.

Assim, no quinto capítulo, já temos todo o arcabouço teórico e fático necessário para adentrarmos na atuação judicial do NESC/DPESP, haja vista a constatação de que há uma ideologia estruturante do sistema jurídico-penal, que permite o encarceramento massivo de jovens, pobres e negros, que representam a grande “clientela” da Defensoria Pública na esfera criminal, e que a ilegitimidade desse sistema permite a configuração do insanável ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro, cujos danos devem ser reduzidos ao máximo, na medida do possível.

Para tanto, utilizamos a metodologia do levantamento de dados com análise de conteúdo.

Sem afastar a importância de outras atividades realizadas pelo NESC, a análise que aqui propomos se reduz à sua atuação judicial quanto aos temas tratados no item 3.1., extraída por meio dos relatórios semestrais de atividade, de domínio público, no período compreendido entre 1º de fevereiro de 2016 e 31 de janeiro de 2021, desde que versem sobre tutela coletiva *lato sensu* e possuam as decisões acessíveis ao público em geral nos sistemas de consulta processual

utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-SAJ), Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Após, fazemos a análise do conteúdo levantado, buscando verificar os seguintes aspectos: a) se todos os temas constantes no rol do item 3.1 foram objeto de atuação do NESC; b) quais foram os temas mais e menos recorrentes; c) quais foram os instrumentos processuais utilizados; d) o êxito geral das atuações, baseado no resultado obtido em cada uma delas até a data da consulta processual; e) o êxito específico a cada um dos temas abordados; f) análise sobre a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), sob o aspecto da reforma ou manutenção de sentenças de primeiro grau favoráveis ou desfavoráveis aos pleitos do NESC; g) compilado com os argumentos mais recorrentes do Poder Judiciário, nos processos consultados, que fundamentaram decisões desfavoráveis aos pleitos do NESC; h) êxito perante os tribunais superiores; i) dados sobre as atuações do NESC em conjunto com outros atores e o grau de êxito dessas atuações conjuntas.

Não buscamos, assim, fazer uma análise ampla sobre as atividades realizadas pelo NESC, mas exemplificar sua atuação judicial, no âmbito da tutela coletiva, como parte de uma política redutora dos danos causados pelo ECI, buscando fazer valer o estatuto jurídico do preso.

1 DA ILEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL REPRODUTOR DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E DO RACISMO

O pensamento hegemônico tradicional no campo dos estudos criminais reproduz secularmente as bases fundamentais do direito penal moderno, de raiz jusnaturalista contratualista, trazidas pelo iluminista Cesare Bonesana, na obra *Dos Delitos e das Penas*, de 1764¹, pelas quais o direito penal se presta à proteção de bens jurídicos e ao benefício do cidadão, pela sua função de garantia diante do arbítrio estatal.

No entanto, tais postulados não são confrontados com a dimensão histórico-social do direito, que fica, em regra, fora do âmbito de estudo (e de atuação) do jurista. Assim, há um contrassenso entre a dogmática (teoria) e a realidade social concreta (*práxis*), na medida em que a primeira carece de base empírica e não se sustenta quando confrontada com a segunda.

Diante da patente divergência entre teoria e *práxis* – que também ocorre na explicação de outros fenômenos sociais –, desenvolveu-se, no campo da filosofia, o conceito de ideologia, que trata de um “conjunto de ideias que se desenvolve no plano lógico-abstrato, sem a devida relação com a realidade concreta e que, na verdade, oculta esta realidade e mantém apenas uma situação de aparência”².

Assim, interessa-nos, neste capítulo, em um primeiro momento, confrontar as funções declaradas e reais tanto do direito penal quanto das penas, de modo a apontar a ilegitimidade do sistema penal e, diante de tal constatação, destacar a necessidade de adoção de uma política criminal redutora de danos, por meio da reinterpretação do garantismo penal.

Considerações sobre a história da pena de prisão também são necessárias para analisarmos como o sistema penal se presta à reprodução das relações sociais desiguais e do racismo, por meio da seletividade penal e da utilização da prisão-pena como instrumentos de controle social da pobreza.

Tal abordagem permite uma análise crítica quanto ao perfil da população carcerária brasileira, que indica a existência de um público-alvo preferencial: o jovem, pobre, negro e socialmente marginalizado. E é majoritariamente sobre esse público-alvo do sistema penal que recai a atuação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NESC/DPESP), que é o objeto secundário do presente trabalho.

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

² CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 16.

1.1 Da falsidade do discurso jurídico-penal

Cesare Bonesana, na obra *Dos Delitos e das Penas*, de 1764³, compartilhando dos propósitos iluministas à época e partindo de um jusnaturalismo contratualista, formula as bases fundamentais do direito penal moderno, defendendo princípios como o da legalidade, igualdade, lesividade, proporcionalidade e humanidade das penas e imparcialidade do juiz, além de criticar a função retributiva da pena.

Passados mais de duzentos e cinquenta anos, conforme adverte Patrick Cacicedo:

O pensamento hegemônico no campo científico do direito penal segue desenvolvendo a ideia da prevenção criminal como um dos fundamentos do direito penal moderno ao lado do preceito liberal de promoção da liberdade individual frente ao arbítrio do Estado.⁴

Nesse sentido, segundo o discurso liberal tradicional, reproduzido secularmente a partir da ideia de uma sociedade consensual nos moldes iluministas, o direito penal cumpre papel preventivo *a priori*, e tem como objetivo declarado nas sociedades contemporâneas a proteção de bens jurídicos; destarte, é um bem para o cidadão, pela sua função de garantia diante do arbítrio estatal^{5 6}.

Assim, nas lições de Juarez Cirino dos Santos,

Os pressupostos não questionados desses objetivos declarados são as noções de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não de contradição) de classes, de igualdade (e não de desigualdade real) entre as classes sociais, de liberdade (e não de opressão) individual.⁷

Portanto, os pressupostos universais acima transcritos são reproduzidos pelos penalistas ideólogos desde a Revolução Burguesa, em total dissonância com a realidade social. Partem de uma ideia de “liberdade, igualdade e fraternidade” e de uma sociedade consensual, ocultando a realidade histórica de luta de classes, desigualdade e dominação⁸.

³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 26-30.

⁴ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 14.

⁵ Ibidem, p. 162.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 05

⁷ Ibidem, p. 10.

⁸ Cacicedo adverte que “Beccaria não pode ser considerado propriamente um ideólogo, já que estava inserido em uma luta contra a antiga ordem e seus propósitos constituíam efetivamente um avanço civilizatório. [...] O mesmo não pode ser afirmado em relação àqueles que reproduziram e conservaram os fundamentos do direito penal a partir da consolidação da nova ordem burguesa” (CACICEDO, op. cit., p. 157).

Desse modo, em sua reprodução pelo pensamento penal hegemônico, o direito penal é apresentado como essencialmente garantista, sendo que há patente contradição entre um discurso garantista dentro de uma ordem autoritária. O direito penal não é garantista e não se presta a ser um bem ao cidadão em face do Estado. Ele é uma forma de controle social punitivo fundamental na ordem capitalista, instituído por meio de mecanismos repressivos, violentos e tortuosos⁹. Além de exercer as funções reais de instituição e reprodução das relações sociais, também exerce funções ilusórias de encobrimento da natureza dessas relações sociais, muitas vezes apresentadas pelo discurso jurídico oficial sob forma diversa ou até mesmo oposta¹⁰.

Um exemplo de função ilusória do direito penal é a proteção de bens jurídicos.

De fato, conforme ilustra Nilo Batista, “é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos limites entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe” e que, assim, o “direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados gerais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações”¹¹.

Acerca do senso comum teórico-penal do pensamento hegemônico, André Copetti adverte que este “tem sido constituído a partir de uma investigação centrada basicamente sobre as normas positivadas, relegando-se a planos inferiores de análise os âmbitos axiológico e fático” e que, principalmente nos países periféricos, como o Brasil, grande parte do discurso dogmático está totalmente alijado da realidade¹². Assim, a dogmática penal conservadora acredita produzir um conhecimento neutralizado ideologicamente, bem como despreocupado com a ordem sociológica, antropológica, econômica ou política. Possui, portanto, matriz positivista.

Por outro lado, ainda segundo ensinamentos de Copetti¹³, a característica do direito penal moderno de busca constante pela certeza e pela precisão conceitual não é, por si só, negativa, tendo em vista que é uma evolução em comparação à incerteza e indefinição do direito penal medieval e absolutista; o viés positivista traz consigo o princípio da reserva legal, de modo que os tipos penais são instituídos originariamente como instrumentos de garantia do povo contra o arbítrio estatal.

⁹ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 173; 177; 179.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 07.

¹¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 113.

¹² COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 22; 25.

¹³ Ibidem, p. 23.

O problema reside no fato de que houve um desvirtuamento do papel protetor do direito penal, facilmente perceptível, por exemplo, ao se constatar a multiplicação desmedida dos tipos penais. Assim:

O que inicialmente foi concebido para funcionar como um instrumento de garantia e de limitação à atividade estatal tornou-se, por uma metástase, um fator maximizador da intervenção estatal que novamente passou a beirar as raias da incerteza, principalmente quando funcionalizada na perseguição àqueles que não estão enquadrados em seu modo-de-produção, em seu paradigma de sociedade pretendido.¹⁴

Apesar do notório desvirtuamento das funções do direito penal, seus objetivos declarados ainda produzem uma aparência de neutralidade do sistema de justiça criminal e se prestam a buscar legitimar o poder punitivo, principalmente ao explicitarem as funções declaradas da pena¹⁵, conforme mostramos mais adiante.

Algumas considerações devem ser feitas sobre a pretensa neutralidade do discurso jurídico-penal. É de Copetti a seguinte afirmação:

A dogmática, ao interpretar e comentar o discurso legal, tem uma pretensão de neutralidade ao referir-se continuamente ao legislador, personagem inatingível e “descomprometido” com qualquer interesse que não seja o bem comum ou o interesse geral da nação, ou, no caso do discurso penal, a defesa da sociedade, a proteção de bens ou valores jurídicos de relevância social, a garantia da segurança jurídica, *topois* fundamentais em seu processo de justificação.¹⁶

O autor adverte que, para saber quem efetivamente é o legislador, precisamos considerar a pirâmide social brasileira, que possui uma base extremamente larga, bem como o fato de que as desigualdades sociais tendem a persistir por uma necessidade do próprio sistema de se autossustentar. Entretanto, ainda mais desigualitária é a distribuição do poder. E é sobre esse ponto de partida que precisamos fazer a pergunta “quem é o legislador?”¹⁷. Nesse sentido, o legislador é, em suma, a primeira instância formal do exercício do poder pela classe dominante, por meio da produção do discurso jurídico-penal¹⁸.

¹⁴ COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁵ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 132; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 07-08.

¹⁶ COPETTI, op. cit., p. 37.

¹⁷ Ibidem, p. 40.

¹⁸ Ibidem, p. 37; 44.

E o modelo ideológico (capitalista) traduz-se nas normas jurídicas e na continuidade do direito¹⁹, visando a controlar a sociedade segundo certo sentido, de modo que, segundo Copetti, “a separação ideológica leva à separação dos destinatários da norma legal, pois é prioritário para a manutenção de um sistema excludente, valorizar uns em detrimento de outros, função máxima exercida no Direito pela esfera penal”²⁰.

Daí, conforme elucida Juarez Cirino dos Santos, a importância da dogmática penal de ir além da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única fonte formal do direito penal, pois, caso isso não ocorra, ela continuará a servir para promover essa aparência de neutralidade e legitimidade do sistema de justiça criminal²¹, ao reproduzir de modo acrítico os objetivos declarados do direito penal, sem respaldo das suas fontes materiais, “enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado”²².

Feitos esses breves apontamentos sobre as funções declaradas e reais do direito penal, passemos às distinções entre as funções declaradas e reais das penas, que escancaram a falta de racionalidade e, portanto, de legitimidade do sistema penal, acima mencionadas.

1.1.1 Teorias “legitimadoras” das penas

São três as teorias que buscam legitimar a pena e, por consequência, o poder punitivo do Estado: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria unificadora.

A teoria absoluta parte da ideia da pena como retribuição, ou seja, da pena como mal justo imposto contra o mal injusto do crime, sendo a retribuição necessária para realizar justiça, ou reestabelecer o direito²³.

¹⁹ É certo que “a atuação estatal penal não se exaure no nível legislativo, mas se funcionaliza a partir da manifestação dogmática sobre o produto legislativo, cujo conteúdo vai influenciar o funcionamento de todos os demais aparelhos estatais como o policial, o judicial e o executivo penal” (COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 45). A dogmática, em sua maioria, ao dar sustentabilidade teórica à atuação penal do Estado, funciona como uma “instância de apoio estatal dentro da sociedade civil” (Ibidem, p. 46).

²⁰ Ibidem, p. 37; 43.

²¹ Conforme vimos, a ideologia faz com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Contudo, é certo que a legitimidade não pode ser suprida pela legalidade. Nesse mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 19-20.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 07-08.

²³ Ibidem, p. 421.

Para Juarez Cirino dos Santos²⁴, a sobrevivência histórica da pena-retribuição pode ser explicada, em primeiro lugar, pela psicologia popular, regida pelo talião; em segundo lugar, pela imagem retributivo-vingativa da justiça divina, difundida pela tradição religiosa judaico-cristã ocidental; e, em terceiro lugar, pelo fato de que a filosofia idealista ocidental é retributiva (exemplificando, para Immanuel Kant, a justiça retributiva é um imperativo categórico; para Georg W. F. Hegel, a pena-retribuição reafirma o direito, na medida em que define o crime como negação do direito e a pena como negação do crime). Finalmente, a pena-retribuição encontra guarida na lei penal, de modo que o juiz deve aplicar a pena conforme necessário e suficiente para a reprovação do crime²⁵.

Contudo, para o autor, se a pena como expiação de culpabilidade lembra os malfadados suplícios medievais; como compensação de culpabilidade, representa a ideia de vingança. Ademais, a pena como retribuição não é democrática nem científica. Não é democrática, na medida em que o direito penal, conforme o próprio discurso oficial, objetiva a proteção de bens jurídicos, e não a realização de vingança pública. Por outro lado, não é científica, pois a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável, que é a liberdade de vontade do ser humano²⁶.

As teorias relativas partem da ideia de pena como prevenção, seja especial ou geral, positiva ou negativa.

Quanto à pena como prevenção especial, reproduzindo as palavras de Juarez Cirino dos Santos:

A execução do programa de prevenção especial ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por um lado, a prevenção especial negativa de neutralização (ou inocuização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou ressocialização) do condenado.²⁷

É unânime na doutrina que a prevenção especial negativa (neutralização do condenado) é uma das funções declaradas efetivamente cumpridas pela pena criminal. O mesmo não ocorre, contudo, quanto à prevenção especial positiva (ressocialização, correção do condenado).

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 421-422.

²⁵ Nesse sentido, a função retributiva da pena é extraída do artigo 59, do Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 2.848/40), ao prever que o juiz deverá aplicar a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

²⁶ SANTOS, op. cit., p. 421; 423.

²⁷ Ibidem, p. 424.

No contexto dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha houve, a partir da década de 1970, juntamente com a crise do *Welfare State*, um declínio do ideal de reabilitação, com o “desaparecimento gradual da *ratio correccional* e previdenciária da intervenção do sistema penal”²⁸, de modo que práticas ressocializadoras restaram subordinadas a outros objetivos penais, tais como a retribuição, a neutralização e o gerenciamento de riscos²⁹.

O mesmo fenômeno, contudo, não ocorreu no Brasil, uma vez que, em solo nacional, “os esforços de reabilitação sempre foram promessas descumpridas”³⁰.

Para além das críticas sobre a ineficácia da prevenção especial positiva, tal função declarada da pena também não está isenta de crítica propriamente jurídica, que aponta a supressão de direitos não atingidos pela privação de liberdade, bem como a necessidade de respeito à autonomia do preso³¹.

Já a prevenção geral negativa baseia-se na teoria da coação psicológica de Ludwig Andreas Feuerbach, segundo a qual o Estado espera que a ameaça da pena desestimule pessoas a praticarem crimes³².

Quanto às críticas à prevenção geral negativa, destaca-se a ineficácia da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos, tendo em vista que não é a gravidade da pena, mas a certeza da punição que pode desestimular o autor a praticar crimes. Destarte, é certo que viola a dignidade da pessoa humana, dado que acusados reais são punidos rigorosamente para inibir a conduta de acusados potenciais³³. Assim, os condenados são usados como instrumentos para um fim, quando deveriam ser um fim em si mesmos, segundo a fórmula-instrumento kantiana³⁴.

Por fim, forçoso reconhecer que tal teoria implica na ausência de limites ao exercício do poder punitivo, haja vista que, “quanto mais ameaçados nos sentirmos pelo crime, mais autorizado o Estado estará a impor penas, sem maiores preocupações com sua duração ou

²⁸ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 50.

²⁹ Ibidem, p. 51.

³⁰ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 52.

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 425.

³² Ibidem, p. 426.

³³ Ibidem, p. 427.

³⁴ Immanuel Kant (1724-1804), um dos mais influentes filósofos do período iluminista, possui uma frase célebre que traz um conceito de dignidade: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77). Tal fórmula-instrumento é um imperativo categórico, segundo o qual toda pessoa, ou seja, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, de modo que sempre que for usada como meio, será tratada como coisa e terá tolhida a sua dignidade.

elasticidade”³⁵, atendendo aos anseios da maioria, a despeito dos direitos da minoria, em violação ao princípio democrático.

Quanto à prevenção geral positiva, é certo que:

A criminalização estaria fundamentada em seu efeito positivo sobre os não-criminalizados, não porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, reforçados de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular).³⁶

No mesmo sentido, a função da prevenção geral positiva é fenômeno contemporâneo ao direito penal simbólico, caracterizado pela criminalização do risco em áreas cada vez mais distantes do bem jurídico – a pós-moderna criminalização do perigo abstrato –, não tendo, portanto, função instrumental, mas apenas função simbólica de legitimação do poder punitivo, criando uma aparência de eficácia repressiva na chamada luta contra o crime³⁷.

Finalmente, as teorias unificadas partem da ideia de que a pena é tanto retributiva quanto preventiva. Quanto à aplicação prática da teoria, mais uma vez nos valem as lições de Juarez Cirino dos Santos:

Essa tríplice função atribuída à pena criminal corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena; as funções de prevenção especial positiva e negativa correspondem à execução penal.³⁸

No que tange às críticas, é certo que significam a soma das críticas apontadas acima quanto às outras teorias legitimadoras da pena. Destarte, é a teoria consagrada no Brasil, conforme se extrai do artigo 59, *caput*, do Código Penal³⁹.

Antes de analisarmos as teorias deslegitimadoras da pena, importa discorrermos brevemente sobre o direito penal mínimo da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que se traduz em uma corrente de pensamento intermediária entre a legitimação das penas e do

³⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 23.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 121.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 450-451.

³⁸ Ibidem, p. 429-430.

³⁹ “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

direito penal conforme o discurso oficial e a radical deslegitimação das penas e do sistema penal.

1.1.1.1 Direito penal mínimo e garantismo penal

Luigi Ferrajoli, em *Direito e Razão*, expõe as bases do sistema garantista, que é “direcionado ao controle e minimização dos poderes punitivos”⁴⁰, e o faz por meio da releitura de princípios liberais-iluministas, em formato de dez axiomas, que versam sobre as regras do jogo de um sistema penal mínimo⁴¹. Trata-se, portanto, de uma teoria positivista, “que critica a expansão, mas justifica o sistema penal”⁴².

Quanto às funções da pena, Ferrajoli nega as teorias tradicionais, acima apontadas, e reconstrói, a partir do que chama de utilitarismo reformado, a teoria da prevenção geral negativa, acrescentando à finalidade de coação psicológica o objetivo de a pena tutelar o autor do delito das vinganças privadas que ocorreriam caso a pena não existisse⁴³.

Assim, para o autor, “a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”⁴⁴, de modo a tutelar não apenas a pessoa do ofendido, mas também o autor do delito contra reações informais, sejam elas públicas ou privadas⁴⁵.

Desse modo, o direito penal deve ser regido pela lei do mais fraco, objetivando a proteção do fraco contra o mais forte – sendo que o mais fraco é a vítima, no momento do crime; o investigado, durante as investigações; o réu, durante o processo; e o condenado, durante a execução da pena⁴⁶.

Em suma:

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 123.

⁴¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo penal**: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>>. Acesso em: 17 out. 2021. Os axiomas do garantismo penal são: a) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); b) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade); d) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade); e) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade); f) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade); g) *Nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionabilidade); h) *Nullum judicium sine accusatione* (princípio acusatório); i) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); j) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório). (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 91).

⁴² BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 106.

⁴³ CARVALHO, op. cit., p. 125-126.

⁴⁴ FERRAJOLI, op. cit., p. 309. É certo que o direcionamento da ideia de prevenção penal à figura do desviante enseja uma “nítida preocupação com os limites punitivos, já que a pena não está sendo utilizada como mecanismo de coerção, mas de proteção” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 24).

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ PINHO, op. cit.

O direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas⁴⁷.

Portanto, é justamente a segunda função que se mostra necessária e suficiente para fundar um modelo de direito penal mínimo e garantista, eis que é ela que se presta a minimizar a reação ao delito⁴⁸.

Percebemos que o utilitarismo reformado é a base da justificativa punitiva do garantismo penal e a razão para legitimar o poder punitivo⁴⁹. Nesse sentido, as duas finalidades da prevenção geral negativa legitimam o que Ferrajoli chama de necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, sendo que tal legitimidade é “garantista”⁵⁰.

E por garantismo entendemos a:

Tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.⁵¹

O discurso garantista legitimador do poder punitivo, portanto, não fornece uma justificação em abstrato do direito penal, mas tão somente de modelos de direito penal mínimo, “no tríptico sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão dos seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva”⁵².

Destarte, o garantismo permite justificações e deslegitimações parciais, tanto de normas como de institutos ou práticas de cada um dos sistemas penais concretamente analisados, de

⁴⁷ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo penal**: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>>. Acesso em: 17 out. 2021, p. 310.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 311.

⁴⁹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 23.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 312.

⁵¹ Ibidem, p. 312.

⁵² Ibidem, p. 319.

acordo com critérios consistentes “nas diversas garantias penais contra o arbítrio, os excessos e os erros, para cuja elaboração teórica resta a principal tarefa de uma teoria garantista do direito penal”⁵³.

Contudo, o garantismo penal não está isento de críticas, a começar pela contradição entre a justificação e a deslegitimação não do direito penal em si, mas do seu excesso⁵⁴.

Ainda, para Salo de Carvalho, “o modelo garantista não consegue ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do *bom poder punitivo*”⁵⁵, haja vista a vontade de punição que constitui os sistemas punitivos⁵⁶.

Já Zaffaroni aponta que o próprio Ferrajoli admite a ineficácia das penas para a resolução dos conflitos, de modo que o único critério de subsistência da pena, em seu minimalismo penal, seria sua utilidade para evitar uma hipotética vingança⁵⁷, o que, a seu turno, não se sustenta, haja vista que:

No plano real ou social, a experiência já demonstra suficientemente que é desnecessário o exercício do poder do sistema penal para evitar-se a generalização da vingança, porque o sistema penal só atua sobre um número reduzidíssimo de casos e, mesmo assim, a imensa maioria das ocorrências impunes não generaliza vinganças ilimitadas.⁵⁸

Assim, não subsistiria a única fonte de legitimação do direito penal mínimo.

De qualquer modo, certo é que o garantismo penal não passa pelo crivo da crítica criminológica (que compreende não apenas as correntes de matriz marxista, mas todas aquelas que se contrapõem a um modelo positivista), na medida em que esta reconhece apenas uma real

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 320. Nesse ponto, vale transcrevermos as elucidações de Ana Cláudia Bastos de Pinho: “O garantismo penal, como dito pelo próprio autor, é um modelo ideal e, de certa maneira, utópico, jamais realizável por completo, pois o conjunto dos dez axiomas (princípios) que Ferrajoli constrói – relacionando pena, delito e processo – é concebido de forma prescritiva, e não descritiva. Trata-se, pois, de um modelo de dever ser. Entre a obediência fiel e irrestrita de todas as garantias (modelo de Direito Penal mínimo) e seu extremo oposto, ou seja, de violação de todas elas (modelo de Direito Penal máximo), há vários modelos intermediários, podendo-se falar em tendências a um ou a outro” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo penal**: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>>. Acesso em: 17 out. 2021).

⁵⁴ Cf. Gabriel Ignácio Anitua (apud BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 106).

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 126.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 104.

⁵⁸ Ibidem, p. 106.

finalidade para a pena: excluir pessoas, criteriosamente selecionadas pelas agências de controle penal⁵⁹.

Nesse sentido, apontamos as lições de Patrick Cacicedo acerca dos limites do garantismo penal frente à ilegitimidade do sistema penal, que não pode ser suprida pela legalidade:

Os limites do garantismo penal ficam evidenciados com a demonstração do caráter estrutural do funcionamento do sistema penal, que lhe emprega, a partir de uma análise crítica, o caráter essencialmente injusto e ilegítimo. Mesmo que em um plano ideal se observem todas as garantias do direito penal em um Estado Democrático de Direito, sua manifestação se dará de maneira arbitrária, não porque as regras são violadas, mas porque dentro das regras do jogo o direito penal se manifesta de forma seletiva, não cumpre suas funções declaradas e tem como resultado a reprodução das condições sociais vigentes. Mesmo com a aplicação regular das normas jurídicas de garantia em face do arbítrio estatal, o direito penal será arbitrário e reproduzirá a desigualdade social e o racismo.⁶⁰

1.1.2 Teorias deslegitimadoras da pena

Conforme vimos, os penalistas ideólogos secularmente vêm se dedicando à elaboração dogmática, sem confrontá-la com as relações sociais concretas. Assim, o cotejo do direito penal com a realidade concreta ficou historicamente a cargo da criminologia. Contudo, mesmo na esfera criminológica, por muito tempo no estudo da pena imperou a perspectiva correcional do positivismo, com enfoque na prevenção da criminalidade e, para subsidiá-lo, eram feitas pesquisas empíricas para investigar as causas do comportamento desviante⁶¹.

No final da década de 1960, houve, no campo criminológico, uma virada paradigmática, com o rompimento, a partir da teoria da reação social e do movimento do *labeling approach*, da criminologia do consenso, inaugurando-se a chamada teoria do conflito. Assim, as questões centrais dos estudos criminológicos deixaram de girar em torno do crime e do criminoso, para referirem-se principalmente ao sistema de controle social e suas consequências⁶².

E tal troca de lentes é imprescindível para enxergar as reais funções da pena em uma sociedade determinada, haja vista que as teorias legitimadoras da pena estão adstritas a um

⁵⁹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo:** limites e resistência ao poder de punir. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 27.

⁶⁰ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, 2016, p. 196.

⁶¹ Ibidem, p. 15; 147.

⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 236.

idealismo que dificulta tal conhecimento, ao ignorar o caráter histórico-social do fenômeno jurídico⁶³.

Assim como vimos, o direito penal se funda na ideia de que é um bem para o cidadão, pela sua função de garantia diante do arbítrio estatal, além de servir de proteção a bens jurídicos, quando na verdade é uma forma de controle social punitivo fundamental na ordem capitalista, instituído por meio de mecanismos essencialmente injustos, na medida em que são repressivos, violentos e tortuosos.

Nesse ponto, valemo-nos das lições de Copetti:

Em investidas teóricas e idealistas de justificação do sistema, tem-se esforçado herculeamente o saber jurídico, especialmente o saber dogmático através da multiplicação de ficções técnicas, buscando a criação de uma realidade, em parceria com a *mass media*, que evite ou dificulte a percepção de tão grave realidade e, por consequência, da própria deslegitimação. O resultado destas atuações dogmáticas, concretamente, apenas reproduz a ineficácia do sistema.⁶⁴

Em sentido contrário ao discurso jurídico-penal oficial, duas vertentes críticas deslegitimadoras da pena se destacam: a negativa/agnóstica e a materialista/dialética.

1.1.2.1 Crítica negativa/agnóstica

A teoria ou crítica negativa/agnóstica da pena criminal é encabeçada por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, que, em sentido contrário ao da tradição penalista de partir de uma sociedade consensual nos moldes iluministas, tem por fundamento uma disputa interna entre os modelos de Estado de direito e Estado de polícia, coexistentes no interior do Estado moderno, sendo que o poder punitivo, que atua de modo irracional e ilegítimo, é justamente uma das manifestações mais significativas do Estado de polícia dentro do Estado de direito⁶⁵.

É certo que a integral constituição de um Estado de direito não encontra precedentes em nenhum lugar do mundo⁶⁶, tendo em vista que Estado de direito e Estado de polícia (ou de

⁶³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 109; CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 160.

⁶⁴ COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 69.

⁶⁵ CACICEDO, op. cit., p. 132; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 431-432.

⁶⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016, p. 70.

exceção) são faces da mesma moeda. Isto é, os Estados de direito, concretamente compreendidos, nada mais são do que as necessárias contenções aos Estados de polícia⁶⁷.

Desse modo, o Estado de direito histórico não pode ser igual ao ideal, eis que conserva dentro de si, em menor ou maior medida, o Estado de polícia, que “deve ser contido e reduzido por etapas; a partir de cada pretensão de abertura do exercício do poder punitivo, o Direito Penal deve opor-lhe uma resistência”⁶⁸.

No contexto de um direito penal redutor, que é o que se busca com a crítica negativa/agnóstica, portanto, haverá sempre a polarização entre direito penal e poder punitivo⁶⁹.

Quanto à função do direito penal dentro de um Estado de direito, esta “deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis”, e “o direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança”⁷⁰.

O direito penal tradicional, reforçamos, legitima o poder punitivo por meio das suas funções declaradas que, explicitadas nas teorias retributivas, preventivas e unificadas, são apontadas por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista como teorias positivas da pena, tendo em vista que defendem a pena como um bem a ser proporcionado pelo Estado para a sociedade ou para determinadas pessoas criminalizadas⁷¹.

Justamente por conta disso, a teoria é negativa em relação às funções declaradas da pena criminal, expressas no discurso oficial, pois são consideradas como falsas pelos autores.

Ademais, é agnóstica em relação às funções reais da pena criminal, na medida em que “renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seriam múltiplos e heterogêneos”⁷². Para Salo de Carvalho, a Constituição Federal (CF) de 1988 também é agnóstica em relação às funções da pena, haja vista que inexistente, no texto constitucional, qualquer discurso legitimador da pena; percebemos que “o constituinte, abdicando da resposta *ao por que punir?*, direciona os esforços para delimitar o *como punir?*”⁷³.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 170-173.

⁶⁸ Ibidem, p. 172.

⁶⁹ Nesse sentido, deve-se buscar constantemente a contenção do Estado de polícia em prol do Estado de direito, pois “sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república” (CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 134).

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

⁷¹ Ibidem, p. 132.

⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 432-433.

⁷³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 141. É importante frisar que as funções declaradas da pena encontram guarida no Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal),

Destarte, o direito penal redutor também encontra amparo constitucional, haja vista que o silêncio do constituinte sobre os discursos legitimadores da pena é eloquente no sentido de impor uma agenda política punitiva de redução de danos, pautada em limites à interpretação, aplicação e execução das penas:

A cadeia principiológica definida pela Constituição, ao optar pela exclusiva fixação de limites à forma (meios), supera as finalidades históricas das penas, concebendo política criminal ciente dos danos causados. Outrossim, reconhece a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se, essencialmente, em reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo.⁷⁴

A crítica negativa/agnóstica tem como pressuposto a pena criminal como ato de poder político correspondente ao fundamento jurídico da guerra e objetiva reforçar o poder de decisão das agências jurídicas, de modo a possibilitar a redução do poder punitivo do Estado de polícia⁷⁵. Assim, a pena não encontra respaldo no direito, eis que simboliza a própria negação do jurídico, de modo que a redução dos poderes arbitrários se traduz em reação igualmente política⁷⁶.

Portanto, “Zaffaroni entende ser absolutamente dispensável qualquer teoria da pena, visualizando a possibilidade de (re)construir o direito penal com a finalidade de redução da violência do exercício do poder”⁷⁷.

1.1.2.2 Crítica materialista/dialética

A crítica materialista/dialética, segundo elucida Juarez Cirino dos Santos⁷⁸, ao contrário da dogmática jurídica clássica, utiliza das fontes materiais do direito penal, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, as necessidades e os valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado e de uma lógica material/dialética⁷⁹ como método de pensar o crime e o controle social.

“fruto do autoritarismo varguista do Estado Novo e réplica (mal feita), do Código Penal italiano, da época de Mussolini” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 25).

⁷⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 142-143.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 432-433.

⁷⁶ CARVALHO, op. cit., p. 145-146.

⁷⁷ Ibidem, p. 142.

⁷⁸ Ibidem, p. 7-8; 434.

⁷⁹ Diversos autores traçam o paralelo entre mercado de trabalho e sistema de punição. Conforme explicitado por Juarez Cirino dos Santos (**Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012., p. 438-439), para Rusche/Kirchheimer, em *Punishment and Social Structure*, “o trabalhador integrado no mercado de trabalho é controlado pela disciplina do capital, enquanto o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela

Assim, a criminologia crítica, de matriz marxista, majoritariamente, tem como objeto de estudo as dimensões de realidade e de ilusão da ideologia⁸⁰ penal nas sociedades capitalistas, buscando revelar as incongruências entre o “dever ser” e o que efetivamente é, conforme mostrado pelas relações sociais concretas.

Desse modo, quanto à função retributiva da pena, o autor entende que a retribuição é equivalente e:

[...] corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado porque existe como forma de equivalência jurídica fundada nas relações de produção das sociedades contemporâneas.⁸¹

A crítica materialista/dialética da pena entende a prevenção especial como garantia das relações sociais, sendo que é nas teorias de prevenção especial que a ideologia penal se mostra mais escancaradamente como uma inversão da realidade⁸².

A prevenção especial negativa de neutralização do condenado mediante privação de liberdade, em que pese parecer inquestionável, apresenta aspectos contraditórios, mormente no que tange aos altos índices de reincidência, devido aos reais efeitos nocivos do cárcere, à formação subjetiva da autoimagem de criminoso, à máxima desintegração social do condenado,

disciplina de prisão”; para Foucault, em *Vigiar e Punir*, o sistema punitivo é um fenômeno social concreto ligado ao processo de produção, cujo efeito político positivo é uma economia política do corpo com o fim de produzir corpos dóceis e úteis como disciplina da força de trabalho, “cujo êxito histórico aparece na gestão diferencial da criminalidade, com repressão das camadas sociais subalternas e imunidade das elites do poder econômico e político da sociedade capitalista”; já para Melossi/Pavarini, em *Cárcere e Fábrica*, as relações de trabalho da fábrica “dependem da disciplina do sistema penal, principal instituição de controle social do capitalismo, para manter e reproduzir as relações sociais de dominação/exploração de classe: a prisão produziria um novo tipo humano, o chamado capital variável – capaz de produzir um valor superior ao seu preço de mercado –, representado pelo trabalho assalariado”. No mesmo sentido, salienta Alessandro Baratta que o cárcere, além de produzir a relação de desigualdade, também produz os sujeitos passivos dessa relação; assim, o nexos histórico entre cárcere e fábrica é “elemento essencial para compreender a função da instituição carcerária, que nasce em conjunto com a sociedade capitalista e acompanha a sua história” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 166-167).

⁸⁰ A ideologia, conforme os ensinamentos de Marilena Chauí, pode ser conceitualizada como: “Um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes a partir das divisões na esfera de produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação ou o Estado” (CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 131-132. [Coleção Primeiros Passos n. 13]). Assim, a autora, ao tratar da ideologia marxista, destaca que a operação intelectual da ideologia é a criação de universais abstratos, que consistem na transformação das ideias particulares da classe dominante em ideias universais (Ibidem, p. 103). Não por acaso, a ideia de universalidade veio com a Revolução Francesa/Burguesa.

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 436.

⁸² CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 186.

e à construção de carreiras criminosas, por meio da subcultura prisão e da profecia autorrealizável, conforme demonstra o *labeling approach*⁸³.

Nas lições de Cacicedo:

A prisão, forma punitiva central do direito penal moderno, carrega consigo não só a incapacidade de melhoria do aprisionado, senão um efeito deteriorante da pessoa humana. [...] A pena que declara melhorar, piora; o efeito que manifesta prevenir, cria condições de criminalização e criminalidade.⁸⁴

Acerca dos processos de estigmatização dos presos, esclarece Loïc Wacquant:

Atingidos por um tríplice estigma ao mesmo tempo moral (eles se baniram da cidadania ao violar a lei), de classe (eles são pobres em uma sociedade que venera a riqueza e concebe o sucesso social como resultado unicamente do esforço individual) e de casta (eles são majoritariamente negros, portanto oriundos de uma comunidade despida de “honra étnica”), os detentos são o grupo pária entre os párias, uma categoria sacrificial que se pode vilipendiar e humilhar impunemente com imensos lucros simbólicos.⁸⁵

Já a crítica materialista/dialética da função de prevenção especial positiva da pena criminal demonstra o “fracasso histórico do projeto técnico-punitivo-corretivo da prisão”⁸⁶.

Em suma, a crise do projeto de reconstrução do condenado como força de trabalho útil está na origem da atual transformação da prisão, reduzida a instrumento de segurança e incapacitação do preso⁸⁷.

Quanto à crítica à prevenção geral, segundo Santos⁸⁸, esta reside na constatação de que tem a função real de afirmação da ideologia dominante, de modo que a prevenção geral negativa apenas teria efeito desestimulante em crimes de reflexão (econômicos, ambientais, tributários etc.), característicos do direito penal simbólico, mas não teria efeito em crimes impulsivos, próprios da criminalidade comum.

Em suma, no que tange à prisão, segundo a crítica materialista/dialética da pena:

[...] não pode ser explicada pelos objetivos declarados de correção do criminoso e de prevenção da criminalidade, mas pelos objetivos reais do sistema penal, de gestão

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 422-444.

⁸⁴ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 184-186.

⁸⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

⁸⁶ SANTOS, op. cit., p. 444.

⁸⁷ Ibidem, p. 444.

⁸⁸ Ibidem, p. 447-448.

diferenciada da criminalidade e de garantia das relações sociais desiguais da contradição capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas.⁸⁹

1.1.3 Da ilegitimidade do sistema penal e da necessidade de adoção de uma política criminal redutora de danos

Nos estudos criminológicos críticos, que são recentes, a própria legitimidade do direito penal passou a figurar como objeto de constante questionamento, na medida em que as ideias outrora sedimentadas no plano lógico-abstrato, na verdade, não se mantêm em sua integralidade quando aplicadas à realidade⁹⁰.

Acerca da legitimidade do sistema penal, Zaffaroni⁹¹ ensina que esta é a característica outorgada por sua racionalidade. Para o autor, o sistema penal pretendeu se apresentar como um exercício de poder planejado racionalmente, utilizando-se, para esse fim, do discurso jurídico-penal. Assim, o sistema penal será legítimo se o discurso jurídico-penal for racional (coerente e verdadeiro) e se o sistema penal atuar em conformidade com esse discurso.

Contudo, o autor, ao tratar da realidade latino-americana, aduz que “é absolutamente insustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente do que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade”⁹². Destarte, salienta que, em que pese a legitimidade não poder ser suprida pela legalidade, em nossa região marginal, a insuficiência legitimadora da legalidade formal é cristalina, já que o sistema penal tampouco atua de acordo com a legalidade, seja ela a penal, processual ou executiva. Em outras palavras, a operacionalidade do sistema penal, além de ilegítima, é ilegal, pois os órgãos operantes não costumam exercer seu poder de acordo com a programação legislativa tal como expressa pelo discurso jurídico-penal⁹³.

Apesar de tais constatações, Zaffaroni entende que há grande desinformação teórica por parte dos operadores do direito, na medida em que qualquer crítica deslegitimante do sistema penal é tratada pejorativamente como “marxista”, ainda que a deslegitimação teórica do sistema penal e a falsidade de seu discurso tenham operado de modo irreversível pela teoria do *labeling*

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 14.

⁹⁰ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 16.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 16.

⁹² Ibidem, p. 19.

⁹³ Ibidem, p. 19-21.

approach – que responde ao interacionismo simbólico –, que tem a ver com o pragmatismo, e não com o marxismo⁹⁴.

De qualquer modo, certo é que há diversas correntes que deslegitimam o sistema penal, e o próprio direito penal, inclusive dentro do que se convencionou chamar de abolicionismo penal.

Não pretendemos neste estudo tratar das correntes do pensamento abolicionista, mas cumpre-nos destacar que “quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente”⁹⁵. Assim, é possível afirmar que o abolicionismo penal defende a radical substituição de todo o sistema penal por outras instâncias de solução dos conflitos.

Não obstante, o discurso abolicionista esbarra em limites constitucionais, tendo em vista que a Constituição de 1988 define o modelo de persecução criminal dos fatos impuníveis e prevê a pena privativa de liberdade em regime fechado⁹⁶. Contudo, ante a postura agnóstica adotada pelo constituinte em relação aos discursos legitimadores da pena, tratada anteriormente, é certo que “apesar dos limites intransponíveis, a própria Constituição abre espaço para, no campo da política-criminal e da atuação cotidiana dos atores do direito penal, elaboração de práticas voltadas à redução dos danos causados pelas violências do sistema penal”⁹⁷.

Ao contrapor o direito penal mínimo e o abolicionismo, ao qual acusa de ser uma “utopia regressiva”, Ferrajoli, partindo da constatação de que o direito penal está contaminado de medidas autoritárias, a ponto de converter-se em um sistema de controle predominantemente informal, admite que, atualmente, a utopia não é o abolicionismo e suas alternativas ao direito penal, mas o próprio direito penal e suas garantias⁹⁸.

Assim, percebemos que tanto o abolicionismo quanto o direito penal mínimo, diante de nossa realidade marginal, ainda são utópicos. Justamente por isso, Zaffaroni não vê sentido em alimentar críticas recíprocas, de modo que as distâncias entre as perspectivas minimizantes e abolicionistas devem ser encurtadas⁹⁹. Desse modo, para o autor, todos que defendem a

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 36-37.

⁹⁵ Ibidem, p. 104. Entre os principais autores abolicionistas, o autor destaca a preferências marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturalista de Michael Foucault e a fenomenológico-historicista de Nils Christie (Ibidem, p. 98).

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 140.

⁹⁷ Ibidem, p. 140

⁹⁸ ZAFFARONI, op. cit., p. 103.

⁹⁹ Ibidem, p. 112.

ilegitimidade do sistema penal devem apoiar um direito penal mínimo, que deve ser visto como um momento do caminho abolicionista¹⁰⁰.

Em outras palavras, é viável defender uma intervenção penal mínima com a recuperação de todos os limites do direito penal liberal sem pretender, com isso, legitimar o resto do sistema penal; ou seja, por meio de um programa mínimo e transitório de natureza pragmática¹⁰¹.

Ao defenderem um garantismo criminologicamente orientado, Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque sustentam que o alinhamento entre os diversos discursos críticos ao sistema penal, em tempos de descontrole, é a melhor opção para possibilitar o controle do poder punitivo:

Pensamos que o garantismo pode ser o veículo privilegiado de concretude para a criminologia crítica (que, não raro, sofre ataques por não ter uma agenda positiva), enquanto esta, em relação àquele, funciona como uma lente de aumento, uma lupa capaz de retirar a ingenuidade iluminista, que ainda reina – por constituinte – nos postulados ferrajolianos. O que pretendemos, em outras palavras, é assumir um garantismo criminologicamente orientado, isto é, de espectro mais amplo de visão, sem as rédeas do discurso utilitarista-justificador, mas com toda a consistência teórica que credencia Luigi Ferrajoli a ser o referencial democrático adequado à busca de limites ao terror punitivo.¹⁰²

Acerca da necessidade de utilização do garantismo para a efetividade de uma política criminal redutora de danos, e a partir de um discurso deslegitimante do sistema penal, adverte Patrick Cacicedo:

A reprodução da desigualdade e do racismo no processo de criminalização concreta e os deletérios efeitos gerados pela aplicação da pena – invariavelmente em condições degradantes – demandam ações para o presente, ainda que no futuro persista o horizonte de superação do direito penal. É, por fim, nessa diretriz teórica que deve ser interpretado o garantismo penal, não como fundamento legitimador do controle social punitivo, mas unicamente como limite do seu exercício diante da possibilidade concreta de contenção do poder punitivo. [...] No âmbito de uma estratégia de não reprodução ideológica que reconhece os limites do garantismo, a ampliação de garantias em face do Estado deve constituir um dos pilares da política criminal fundada na redução de danos.¹⁰³

Nesse sentido, para Alessandro Baratta, a perspectiva a ser adotada é a da contração e, no limite, da superação do sistema penal, a começar pela contração e superação da pena, sem

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 105-106.

¹⁰¹ Ibidem, p. 94.

¹⁰² PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 28.

¹⁰³ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 207.

abrir mão, nesse primeiro momento, do direito penal e das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício do poder punitivo¹⁰⁴.

Ora, partindo-se do pressuposto de que o sistema penal é ilegítimo e que as funções declaradas da pena são uma inversão da realidade, como resultado de um discurso ideológico, restou aos teóricos, no âmbito do direito penal, negar sua legitimidade e, diante de sua permanência na vida social, construir formas de sua contenção e constante limitação, sendo esse o papel do direito penal¹⁰⁵.

Ante o exposto, concluímos que a ampliação de um discurso jurídico-penal redutor de danos, pautado na reinterpretação do garantismo à luz da criminologia crítica, é necessária para que alcancemos um direito penal mínimo para, somente depois, pensarmos em buscar algo melhor que o próprio direito penal.

1.2 A pena de prisão como instrumento de controle social da pobreza

A ilegitimidade do sistema penal – e por consequência do sistema carcerário – é ainda mais bem compreendida ao analisarmos o fenômeno de gestão desigual da criminalidade e de reprodução das relações sociais desiguais, operado pelo sistema penal por meio do instrumento da seletividade penal.

Nesse ponto, interessa-nos fazer uma breve análise da história da pena de prisão que, conforme vemos adiante, desde a sua origem vem servindo como instrumento de controle social da pobreza.

O fenômeno da criminalização da pobreza não é novo e é anterior à criação da pena de prisão em sua concepção moderna, estando ligado historicamente à administração e geração de riquezas em benefício da classe dominante.

Também fazemos apontamentos sobre os antecedentes da pena de prisão, para que possamos ter uma melhor compreensão acerca do fenômeno no qual a pena de prisão surgiu e se tornou, em pouco tempo, o principal instrumento do poder punitivo, apesar do reconhecimento de seu fracasso penal, desde o seu surgimento.

Finalmente, analisamos o fenômeno da seletividade penal, que também se presta à reprodução das relações sociais desiguais pelo direito penal.

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 206.

¹⁰⁵ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 135.

1.2.1 Antecedentes: a prisão na Antiguidade e na Idade Média

Na Antiguidade ou Idade Antiga, que se estendeu até a queda do Império Romano do Ocidente, no ano de 476, a prisão não era, via de regra, local de cumprimento de pena, mas um local de privação de liberdade destinado à custódia dos acusados, que lá ficavam à espera de seu julgamento, evitando-se, desse modo, que se furtassem de futura aplicação da pena.

Ainda que se afirme que não havia, na Antiguidade, “sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente todo o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes”¹⁰⁶, estudo mais aprofundado, com base na literatura, revela sinais de aplicação de penas privativas de liberdade naquele período histórico, ainda que de modo excepcional, a exemplo do Império Assírio, que aplicava em alguns casos pena de prisão cumulada com trabalhos forçados, e do Antigo Egito, no qual o faraó evitava penas cruéis, havendo registros da prisão-pena, também cumulada com trabalhos forçados¹⁰⁷.

Vemos, assim, que a prisão-pena, durante a Antiguidade, era excepcionalíssima; quase sempre possuía caráter meramente cautelar.

No que tange à Grécia Antiga, Platão propôs, em *As Leis – Livro X*, o estabelecimento de três tipos de prisão:

[...] uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao “suplício” que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade.¹⁰⁸

Assim, Platão fez referência não apenas à prisão como custódia, mas também à prisão-pena, em que pese a primeira ser a “única forma efetivamente empregada”¹⁰⁹.

Destarte, para além da prisão cautelar aos acusados, tanto na Grécia como na Roma Antiga também existiu a chamada prisão civil por dívida, também com caráter cautelar, haja vista que buscava garantir que os devedores saldassem suas dívidas¹¹⁰.

Finalmente, conforme elucida Cezar Roberto Bitencourt, é certo que na Idade Antiga não havia uma arquitetura penitenciária própria, de modo que as prisões eram mantidas em

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 579.

¹⁰⁷ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 15-16.

¹⁰⁸ GUZMAN, Luís Garrido. **Manual de ciencia penitenciaria**. Madri: Edersa, 1983, p. 75.

¹⁰⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 578.

¹¹⁰ Ibidem, p. 578-579.

locais bem diversos, como calabouços, aposentos insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios¹¹¹.

Do mesmo modo, na Idade Média, período compreendido entre o ano de 476 e a queda de Constantinopla, em 1453, praticamente não se conheceu o aprisionamento como sanção criminal¹¹².

No período medieval, contudo, conforme esclarece Cláudio do Prado Amaral:

[...] a pena de prisão já começa a ser aplicada – muito excepcionalmente – àqueles que praticavam delitos aos quais não se entendiam merecedores de penas de mutilações, infamantes ou de morte. Por isso, costuma-se atribuir o gérmen da pena de prisão à época medieval.¹¹³

A prisão de Estado, quando não aplicada na modalidade cautelar, representava detenção temporal ou perpétua, ou ainda até a vinda do perdão real. Eram detidos os inimigos do poder, real ou senhorial, acusados do cometimento de delitos de traição, ou os adversários políticos¹¹⁴.

No período, especial destaque cabe à Igreja e à Inquisição.

A prisão eclesiástica destinava-se aos clérigos rebeldes, que ficavam reclusos em celas monásticas, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação; assim, a Igreja entendia a reclusão como oportunidade de correção espiritual (daí provém o nome “penitenciária”)¹¹⁵. Assim, percebemos que o direito canônico “contribuiu decisivamente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente”¹¹⁶.

O Tribunal da Inquisição, a seu turno, utilizou a prisão com fins custodiais e, também, como pena aplicada a quem praticasse heresias consideradas leves¹¹⁷.

É na Idade Moderna, entretanto, que há oficialmente o surgimento da prisão-pena.

1.2.2 Idade Moderna: *do surgimento da pena de prisão*

Há divergências quanto ao início da Idade Moderna. Tradicionalmente, considera-se como marco inicial a queda de Constantinopla (1453) e como marco final a Revolução Francesa

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 579.

¹¹² AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 26.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 580.

¹¹⁵ AMARAL, op. cit., p. 26; BITENCOURT, op. cit.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 175.

¹¹⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 581.

¹¹⁷ AMARAL, op. cit., p. 27.

(1789)¹¹⁸. Também é chamado de História Moderna o período entre a crise do feudalismo (século XV) e o capitalismo industrial (século XVIII)¹¹⁹.

De qualquer modo, é certo que o período compreendido entre os séculos XV e XVIII é concebido como um período de transição. Isto é, o Estado absolutista no Ocidente nasce como decorrência do fim da Idade Média e do modo de produção feudal, em um contexto de profunda crise econômica e social. Foi uma transição entre o feudalismo e o Estado liberal burguês, preservando nesse intervalo a maioria dos privilégios da nobreza, apesar das radicais transformações na estrutura da sociedade¹²⁰ nos campos político, econômico, religioso e social, com ênfase, neste trabalho, no plano jurídico-penal. Neste caso, essa transformação trouxe o surgimento da pena de prisão propriamente dita e a criminalização da pobreza, que perduram até a atualidade.

A melhor compreensão das razões que levaram ao surgimento e à consolidação da prisão-pena depende de uma análise multidisciplinar das transformações ocorridas naquele período transitório. Conforme evidenciamos adiante, a pena de prisão, desde o seu nascimento, se presta a servir de instrumento de controle social da pobreza.

Assim, na esfera socioeconômica, houve a expansão comercial própria do mercantilismo, com o surgimento da burguesia mercantil. O fim do modo de produção feudal e da descentralização do poder deu espaço ao desenvolvimento das economias urbanas. Houve a substituição do teocentrismo pelo antropocentrismo, ou, em outras palavras, da visão religiosa do mundo pela visão da burguesia, que resgatou o direito romano, sobretudo no que tange à propriedade privada, e os regulamentos mercantis. Ademais, ocorreu um grande aumento da população devido à expansão comercial e ao aumento da produtividade da agricultura, ao mesmo tempo em que houve cercamentos e expulsões do campo, acarretando o êxodo rural. Por outro lado, a manufatura incipiente não era capaz de garantir trabalho para todos¹²¹.

Nesse contexto, a vadiagem e os crimes contra a propriedade se tornaram constantes, e a miséria era tão grande, que aquela época foi denominada como a “Idade dos Mendigos”¹²².

Já na esfera religiosa, conforme as lições de Tatiana Chiaverini:

A degradação moral dos membros da Igreja, bem como o abuso na cobrança das indulgências levaram à Reforma, iniciada na Alemanha por Lutero. Calvino deu ao

¹¹⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 28.

¹¹⁹ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 42.

¹²⁰ Ibidem, p. 57.

¹²¹ CHIAVERINI, op. cit., p. 56; 59; 60.

¹²² A denominação é de Leo Huberman (apud CHIAVERINI, Tatiana, op. cit., p. 60).

movimento um novo rigor, calcando os valores do trabalho, poupança, ascetismo e desenvolvendo o princípio da predestinação, segundo o qual, de acordo com o merecimento de cada um, Deus abençoa alguns com o sucesso e a riqueza e outros com a miséria. A pobreza passa a ser pecado, a mendicância, crime e o acúmulo de capital abençoado por deus.¹²³

Assim, a reforma religiosa culminou no surgimento de uma ética protestante, que trouxe consequências diretas ao direito penal.

Ora, se na Idade Média a caridade era cultivada pela Igreja como garantia dos favores divinos na vida eterna, de modo que a pobreza e a mendicância eram propagadas como um valor, nesse novo contexto histórico ela perde espaço para os valores do individualismo, com a justificativa da ética protestante do merecimento¹²⁴, que demonstra que “o pobre não é merecedor de bem-estar, segundo a ordem divina”¹²⁵.

Desse modo, estavam lançadas as bases para a efetiva perseguição da pobreza e da mendicância¹²⁶ e de sua eliminação como instrumento para a valorização do trabalho e da prosperidade¹²⁷, haja vista que as “pessoas que sobravam à margem da paisagem orgulhosa das cidades não tinham função e eram uma constante ameaça ao sistema político e econômico que estava criando raízes”¹²⁸. E essa perseguição visando a eliminar tais inimigos declarados foi operacionalizada pelo direito penal.

Acerca das distinções entre o direito penal feudal e absolutista, salienta Chiaverini que, enquanto o primeiro visava à manutenção das relações sociais feudais, o segundo reprimia as forças sociais garantindo a expansão do mercantilismo. Destarte, se antes o crime mais combatido era a heresia, aproximando-se da ideia de pecado; com a nova política econômica, há essa superação, de modo que o principal crime combatido é o contra a propriedade, o que vai ensejar uma política criminal severa contra os pobres¹²⁹.

¹²³ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 56.

¹²⁴ Ibidem, p. 45.

¹²⁵ Chiaverini ainda exemplifica como o calvinismo atua: “O discurso é de valorização do trabalho, do esforço pessoal e do merecimento, mas a realidade premia, com a garantia dos privilégios decorrentes do nascimento, quem não trabalha, e pune com a miséria quem trabalha e com repressão cruel, quem nem isso consegue” (Ibidem, p. 75).

¹²⁶ Importante relembrarmos que, no Brasil, o ato de “mendigar, por ociosidade ou cupidez”, foi considerado contravenção penal até o ano de 2009, quando o artigo 60, da Lei de Contravenções Penais, foi revogado pela Lei nº 11.983/09.

¹²⁷ TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro**. 2006. 182f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 17.

¹²⁸ CHIAVERINI, op. cit., p. 75.

¹²⁹ Ibidem, p. 61; 70.

A Idade dos Mendigos acarretou uma centralização do *jus puniendi*, com a adoção de medidas radicais de contenção da criminalidade crescente. Dentro do mesmo contexto, “a sanção penal se tornou pública e a pena de morte foi aplicada de forma cruel e com frequência, eliminando as pessoas que perderam seu tempo e espaço e não conseguiram se incorporar ao novo modelo social”¹³⁰.

Michel Foucault, ao tratar da ostentação dos suplícios, esclarece que as penas mais aplicadas à época eram a de banimento ou de multa, de modo que os suplícios não constituíam as penas mais frequentes; contudo, mesmo as penas não corporais costumavam ser acompanhadas de penas que traziam consigo uma dimensão de suplício, como, por exemplo, o açoite, o uso de coleira de ferro e a marcação com ferrete, na medida em que “qualquer pena um pouco séria devia incluir alguma coisa do suplício”¹³¹.

Destarte, ainda segundo as lições de Foucault, o suplício não se confunde com a pena corporal em sentido amplo, eis que é uma técnica. Assim, para que uma pena seja um suplício, deve obedecer a três critérios principais, brevemente analisados a seguir.

Em primeiro lugar, deve produzir uma certa quantidade de sofrimento que possa ser comparada e hierarquizada, de modo que o suplício repousa no que o autor chama de “arte quantitativa do sofrimento”¹³².

Em segundo lugar, o suplício deve fazer parte de um ritual que necessariamente torne infame aquele que é sua vítima, marcando o seu corpo com sinais que não devem se apagar, para que sirvam de memória. Percebemos, assim, que “o suplício, mesmo se tem como função ‘purgar’ o crime, não reconcilia”¹³³, afastando a ideia de ressocialização ou de correção do condenado.

Finalmente, o ritual deve abarcar a ostentação pública do suplício¹³⁴ como manifestação do poder que pune. O suplício, assim, possui uma função jurídico-política, e a sua ostentação

¹³⁰ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 77.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 34-35.

¹³² Assim, enquanto a decapitação representa o grau zero do suplício, pois a dor e a morte são instantâneas; em outras modalidades se agoniza por muito tempo, como no esartejamento, enforcamento, roda, fogueira (Ibidem, p. 35-36).

¹³³ Ibidem, p. 36.

¹³⁴ Cumpre registrarmos que, naquela época, apenas a execução da pena era pública. O processo penal era um ritual inquisitório que ocorria “às sombras” e que produzia a verdade por meio da confissão (que era a “rainha das provas”), obtida em uma espécie de jogo judiciário mediante tortura. Por outro lado, a ostentação do suplício busca mostrar a todos a “verdade” obtida no processo, seja fazendo do culpado o arauto de sua própria condenação, reproduzindo publicamente a cena da confissão, seja fornecendo caráter simbólico ao suplício, executando-o de modo que o supliciado se lembrasse da natureza do crime. Assim, da tortura judiciária à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime (Ibidem, p. 37-47).

se presta não ao reestabelecimento da justiça, mas à reconstituição da soberania lesada no instante do cometimento do crime. Assim, o criminoso é inimigo do príncipe (em toda infração há um *crimen majestatis*, já que o crime, além de sua vítima imediata, sempre ataca a figura do soberano), e o suplício deve ser entendido como um agente político¹³⁵.

Assim, o personagem principal na ostentação dos suplícios é o povo, visto que, para além de servir como vingança pública, o suplício se presta a uma função de prevenção geral (tanto positiva quanto negativa) e, por óbvio, especial negativa (neutralização/morte do condenado). Nesse sentido:

A atrocidade que paira sobre o suplício desempenha portanto um duplo papel: sendo princípio da comunicação do crime com a pena, ela é por outro lado a exasperação do castigo em relação ao crime. Realiza ao mesmo tempo a ostentação da verdade e do poder.¹³⁶

Contudo, os suplícios começam a entrar em decadência junto com a superação do absolutismo, desaparecendo gradativamente entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX¹³⁷. Há diversas causas para o desprestígio desse sistema penal baseado na ostentação do sofrimento do criminoso e da pena de morte.

Em primeiro lugar, ocorre de modo natural uma inversão de papéis, de modo que tudo o que pudesse implicar em espetáculo punitivo passa a ter um cunho negativo. Conforme ilustra Foucault, ficou a suspeita de que o ritual do suplício que dava um “fecho” ao crime, em verdade com ele se igualava ou mesmo o ultrapassava em selvageria, fazendo o carrasco se parecer com o criminoso, os juízes com os assassinos e, finalmente, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração¹³⁸.

Além disso, aponta-se a “ineficácia do sistema punitivo frente à multiplicação da criminalidade perigosa”¹³⁹.

Destarte, há aspectos econômicos a serem considerados. Na obra *Punição e Estrutura Social*, Georg Rusche e Otto Kirchheimer pontuam que, na Europa, com a conquista das colônias, houve um aumento da demanda por bens de consumo, ao mesmo tempo que ocorria a queda do crescimento democrático, ocasionada por diversos fatores, entre eles a Guerra dos

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 36; 48; 49; 53.

¹³⁶ Ibidem, p. 55.

¹³⁷ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 78-79.

¹³⁸ FOUCAULT, op. cit., p. 14.

¹³⁹ CHIAVERINI, op. cit., p. 78.

Trinta Anos. Assim, havia escassez de mão-de-obra, de modo que os trabalhadores livres podiam exigir altos salários e boas condições de trabalho. Tal situação certamente não agradou os capitalistas do período mercantilista, que foram obrigados a apelar ao Estado para atender à necessidade de criação de uma reserva de força de trabalho barata e produtiva para o crescimento continuado da indústria. Nesse contexto, várias medidas foram tomadas visando a contornar a situação¹⁴⁰, inclusive no campo penal.

Surge um interesse econômico em explorar o trabalho do condenado, de modo que as penas mais comuns passam a ser a servidão penal com trabalhos forçados, escravidão nas galés e deportação¹⁴¹. Os fins declarados da pena deixam de ser a vingança pública e passam a ser a reinserção social e correção do criminoso. Percebemos, contudo, que a ideologia que está por trás desse novo discurso é a do capital crescente. O corpo supliciado não agrega valor econômico.

Desse modo, ensina Foucault que, com o desaparecimento dos suplícios há também o fim do domínio sobre o corpo. O corpo passa a ser um mero instrumento: qualquer pena que incida sobre ele, seja pelo enclausuramento ou pelo trabalho forçado, visa a privar o indivíduo de um bem incorpóreo: sua liberdade. Assim, a pena passa de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. A punição, portanto, não se dirige mais ao corpo, mas à alma do condenado. Deve haver um investimento político do corpo, que só se torna força útil se for ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso¹⁴², em suma, se for bem “adestrado”, por meio da disciplina.

Uma medida adotada dentro do contexto econômico apontado, e que ganha especial relevância neste estudo, é a criação da primeira casa de correção, em 1555, no castelo de Bridewell, em Londres, sendo a “primeira instituição criada com o objetivo de limpar as cidades de vagabundos e mendigos”¹⁴³. Salientamos que tal instituição foi criada na Inglaterra, que,

¹⁴⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 43-47.

¹⁴¹ Ibidem, p. 43.

¹⁴² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 16; 21; 23; 28-29. Juarez Cirino dos Santos, em uma análise crítica da obra *Vigiar e Punir*, aponta que o sistema punitivo seria um subsistema social garantidor do sistema de produção da vida material, cujas práticas punitivas visam a uma economia política do corpo para criar docilidade e extrair utilidade das forças corporais. Salienta, ainda, que o trabalho de Foucault parece reconhecer que as relações de produção da vida material engendram as relações de dominação do sistema punitivo, orientadas para reconstruir o corpo como força produtiva e como força submetida (SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de Vigiar e Punir. In: Seminário Internacional do IBCCRIM, 11., 2005, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 02).

¹⁴³ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit., p. 67-68.

além de ser o primeiro país a viver a Revolução Industrial, é um país protestante, em sintonia com os ideais calvinistas¹⁴⁴, conforme vimos.

A casa de correção desempenhava diversas funções, servindo de casa de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficina de trabalho (*workhouse*) e instituição penal¹⁴⁵.

A instituição era dirigida com “mão de ferro” e tinha como objetivo a reforma dos delinquentes por meio do trabalho obrigatório e da disciplina, além de buscar a prevenção geral, desestimulando a população da vadiagem e da ociosidade¹⁴⁶.

Importante lembrarmos que, à época, era considerada criminoso a recusa ao trabalho, que deve ser entendida como a recusa a qualquer trabalho que fosse oferecido, nas condições estabelecidas; assim, “o trabalho forçado nas *houses of correction* ou *workhouses* era direcionado, portanto, para dobrar a resistência da força de trabalho e fazê-la aceitar as condições que permitissem o máximo grau de extração de mais-valia”¹⁴⁷.

Finalmente, o perigo não estava mais no uso atroz do poder punitivo estatal e nas figuras do carrasco e do juiz, e sim no criminoso, no desempregado, no vadio, “naquele que não consome nem colabora com o bem-estar que supostamente usufrui com a vida em sociedade”¹⁴⁸.

Tal instituição representou grande sucesso, sendo produzida de modo similar em outros locais da Inglaterra, chamados indistintamente de *bridewells*¹⁴⁹.

Consignamos que, embora se destinassem às delinquências de pouca gravidade, as *houses of correction* assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade tal como a conhecemos¹⁵⁰, haja vista que esse tipo de instituição foi o primeiro exemplo, na história do cárcere, de detenção laica sem a finalidade de custódia, possuindo, a grosso modo, os mesmos traços caracterizadores do clássico modelo carcerário do século XIX, no que tange às classes a quem foi destinada, sua função social e organização interna¹⁵¹.

¹⁴⁴ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 80-88.

¹⁴⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004., p. 69.

¹⁴⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 36. Sobre esse aspecto, “para Melossi e Pavarini, a prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo)” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 586).

¹⁴⁷ Cf. MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 38.

¹⁴⁸ CHIAVERINI, op. cit., p. 91.

¹⁴⁹ MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 36.

¹⁵⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 583-584.

¹⁵¹ MELOSSI; PAVARINI, op. cit., p. 39. Os autores citam também as casas de trabalho (*workhouses*), surgidas na Holanda na primeira metade do século XVII, como uma nova e original modalidade de segregação punitiva,

Nesse sentido, acerca do fenômeno do controle da pobreza, que está nas raízes das formas de reclusão do ser humano¹⁵², ressalta Alexandra Teixeira que:

O Mercantilismo, por outro lado, ou ainda o modo de acumulação que esse regime prenunciava, teria sido o primeiro a criar as condições para que o confinamento viesse a se configurar com um instrumento de controle social, sobretudo das classes baixas. No século XVII, as práticas de confinamento seriam inauguradas segundo finalidades de vigilância, contenção e de extração da força de trabalho de um contingente humano que se encontrava nas cidades, composto resumidamente de categorias sociais definidas como indesejáveis.¹⁵³

Conforme apresentamos, os suplícios vão gradativamente desaparecendo no fim do século XVIII. Isso também se deve à chamada reforma humanista trazida por iluministas como Cesare Beccaria, que formulou as bases fundamentais do direito penal moderno, defendendo princípios como o da legalidade, igualdade, lesividade, proporcionalidade e humanidade das penas e imparcialidade do juiz, além de criticar a função retributiva da pena¹⁵⁴.

Nesse contexto de desaparecimento dos suplícios, a pena de prisão surge, portanto, na passagem dos séculos XVIII e XIX, sob o argumento de representar um avanço humanitário no

sem influência direta nas *bridewells*, que estimulam o uso do trabalho forçado como modelo para toda a Europa protestante da época, cuja composição da população interna era muito semelhante ao modelo inglês: jovens autores de crimes leves, mendigos, vagabundos, ladrões, condenados a breves períodos de cumprimento de pena. O modelo produtivo aplicado era o da manufatura, e a especial dureza das condições de trabalho se prestavam à intimidação dos operários livres, como um sinal de que é preferível aceitar as condições precárias de trabalho oferecidas, do que acabar nas casas de trabalho ou no cárcere (Ibidem, p. 39-47).

¹⁵² CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 151.

¹⁵³ TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro**. 2006. 182f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 17.

¹⁵⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 26-30. Destarte, salientamos que Beccaria não defende a abolição da pena capital, apenas criticando o seu uso indiscriminado em casos que não fossem excepcionais, como de distúrbios sociais e delitos gravíssimos (Ibidem). Também, destacamos, no movimento pela humanização na execução das penas privativas de liberdade, as contribuições de John Howard (*State of prisons*), que defendia a construção de prédios apropriados para o cumprimento da pena de prisão, onde houvesse trabalho obrigatório como forma de regeneração moral, mediante pagamento inferior ao que o condenado receberia em liberdade, já que o crime não compensa, e de Jeremias Bentham, filósofo criador do utilitarismo, que defendia que deve haver a maior felicidade possível para o maior número de pessoas, o que, no campo penal, significa que a pena tem de ser útil ao preso e à sociedade, de modo que o preso deve cumprir a pena em condições dignas e que possibilitem a sua reinserção social, o que seria benéfico a todos. Finalmente, importante ressaltarmos que, no processo de desenvolvimento da prisão como pena segundo os ideais de humanização e utilidade da pena, surgiram distintos modelos de sistemas penitenciários de cumprimento da pena privativa de liberdade, elencados em progressivos ou não progressivos. O sistema pensilvânico ou filadélfico teve início em Walnut Street Jail (1776), sendo a primeira penitenciária norte-americana cujas principais características eram o isolamento celular ininterrupto, a ociosidade, o silêncio, permitindo-se apenas a leitura da Bíblia, sendo um sistema contraproducente. Já o sistema auburniano ou misto, surgido na cidade de Auburn (1816), era caracterizado pelo isolamento noturno e pelo trabalho obrigatório coletivo durante o dia, em absoluto silêncio. Finalmente, os sistemas progressivos, que são hoje adotados em quase todo o mundo, caracterizam-se pela divisão do cumprimento da pena de prisão em fases de progressiva obtenção de liberdade, condicionadas conforme a disciplina e o trabalho do preso (AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 30-32; 42-46).

campo da justiça penal, e em pouco tempo se torna o principal instrumento do aparato punitivo. Alguns aspectos dessa afirmação devem ser observados.

O primeiro diz respeito ao surgimento da pena de prisão. Adverte Foucault que a “forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”¹⁵⁵. Assim, a prisão-pena nasceu de maneira gradual, tendo como “embrião” as casas de correção e de trabalho, assim como analisamos.

Desse modo, uma vez suprida a falta de mão-de-obra necessária para a Revolução Comercial, “as casas de correção, que já tinham se tornado verdadeiras prisões perderam sua função relacionada ao trabalho forçado e passaram a desenvolver atividades inúteis”¹⁵⁶.

O segundo ponto é sobre a pretensa humanidade da pena de prisão em contraponto aos malfadados suplícios.

Não pretendemos diminuir a relevância das contribuições dos reformadores iluministas ao direito penal, que são notórias. Contudo, a formulação segundo a qual a prisão constituiu uma evolução humanitária em relação às formas de punição precedentes deve ser tomada com especial desconfiança, senão vejamos.

A instituição da prisão como a pena por excelência das sociedades civilizadas produz a ideia de igualdade, na medida em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e a sua perda tem o mesmo preço para todos, sendo a prisão o “castigo igualitário”, exercido por meio de um aparelho judiciário que se pretende autônomo¹⁵⁷.

Entretanto, conforme visto ao tratarmos da crítica materialista/dialética, a operação intelectual da ideologia é a criação de universais abstratos, que consistem na transformação das ideias particulares da classe dominante em ideias universais, ocultando a realidade histórica de luta de classes, desigualdade e dominação. Assim, a pretensa neutralidade do direito penal é uma inversão da realidade e devemos, primeiramente, nos perguntar a quem interessa a criação da prisão-instituição.

¹⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 217.

¹⁵⁶ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 90. O tema é atual, tendo em vista que é notório que a maioria dos presos no Brasil possui uma rotina ociosa, principalmente pela falta de vagas para estudo e trabalho, valendo ressaltar que “a crise do projeto de reconstrução do condenado como força de trabalho útil está na origem da atual transformação da prisão, reduzida a instrumento de segurança e incapacitação do preso” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 444).

¹⁵⁷ FOUCAULT, op. cit., p. 218.

Pelo exposto até aqui, percebemos que “o controle da pobreza está nas raízes das formas de reclusão do ser humano”¹⁵⁸. Assim, a pena de prisão vai substituindo as penas corporais não em razão de considerações humanitárias, “mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades”¹⁵⁹.

O verdadeiro objetivo da reforma, conforme ilustra Foucault:

É fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor, punir talvez como uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.¹⁶⁰

Contudo, precisamos fazer uma ressalva quanto às ilegalidades que os reformadores pretendiam punir “melhor”.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault explica que a prisão substitui os suplícios porque há uma substituição das ilegalidades: a ilegalidade dos corpos da economia feudal de subsistência é substituída pela ilegalidade dos bens da economia capitalista de privação. Ademais, a ilegalidade dos bens das classes subalternas, dentro de um contexto de formação social erigida sobre a relação capital/trabalho assalariado, é punida com prisão – legitimada pela ideologia do contrato social¹⁶¹ –, enquanto as ilegalidades dos direitos das classes dominantes são imunes à punição ou sancionadas com penas alternativas ao cárcere¹⁶².

O terceiro ponto diz respeito à “obviedade da prisão”, ou seja, como em pouco tempo a prisão se tornou a principal forma de punição da sociedade moderna, “a detestável solução, de que não se pode abrir mão”¹⁶³, apesar de as críticas que denunciam a prisão como um fracasso penal serem simultâneas ao seu surgimento¹⁶⁴, sendo que muitas delas, realizadas na França no

¹⁵⁸ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 151.

¹⁵⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 43.

¹⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 78-79.

¹⁶¹ Segundo a lógica iluminista do contrato social, o Estado é criado para proteger os direitos naturais, sobretudo a propriedade, e utiliza do poder punitivo para castigar aqueles que violam o contrato, sendo a pena uma reação legítima com o objetivo de preservar o pacto social (SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Org). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019).

¹⁶² SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de Vigiar e Punir. In: Seminário Internacional do IBCCRIM, 11., 2005, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 02.

¹⁶³ FOUCAULT, op. cit., p. 218.

¹⁶⁴ Para Michel Foucault, o fato de que a prisão-instituição resiste há tanto tempo e em tal mobilidade se explica porque o sistema carcerário se enraizou em profundidade e exerce funções precisas. Assim, devemos nos perguntar para que serve o fracasso da prisão. É certo que ela fabrica uma forma particular de ilegalidade: fechada, separada e útil, que “parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou

início do século XIX, foram recuperadas por Foucault e persistem até a atualidade: as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; ao revés, provocam a reincidência e fabricam delinquentes, além de favorecer a formação de um meio de delinquência em que os indivíduos são solidários entre si e em que estes se dispõem segundo uma hierarquia interna¹⁶⁵. Nesse sentido:

É possível acompanhar Foucault em sua constatação de que a prisão se constitui num fracasso penal e, ao mesmo tempo, num sucesso institucional, pois, ao lado de toda discussão teórica em torno das críticas e das propostas de soluções, a prisão persiste enquanto forma institucional que representa a função punitiva por excelência há dois séculos.¹⁶⁶

Conforme vimos, podemos concluir que uma das causas para essa obviedade da prisão está, em um primeiro momento, na consolidação do capitalismo, notadamente após a Revolução Industrial, em seu papel no controle da população pobre que formava grande volume de excedente de mão de obra nas cidades industrializadas, na medida em que exercia um “controle do trabalho do proletariado em formação, seja por meio de sua exploração direta no cárcere, seja pela adaptação dessa mão de obra para a indústria”¹⁶⁷.

Ademais, desde a sua origem, nunca houve grande investimento público no aprisionamento, tendo em vista o princípio da *less eligibility* (isto é, da menor elegibilidade), desenvolvido no Reino Unido, a partir do *Poor Law Amendment Act*, de 1834, pelo qual as condições de vida no cárcere devem ser muito piores do que as condições de vida do mais miserável dos operários livres, que acaba determinando os rumos da política criminal e, por consequência, o regime de “sofrimento legal” imposto aos apenados. Atendendo a esse princípio, a prisão, ao acarretar sofrimento, possui papel central no controle social da pobreza,

se deve tolerar” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 257-263).

¹⁶⁵ FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167-168. Quanto à reincidência criminal, é certo que os seus estudos são escassos no Brasil e há grandes divergências quanto aos números divulgados. Estudo produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2015, traz a taxa de 25%, rechaçando aquela divulgada pelo relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, segundo a qual em 2008 a taxa girava em torno de 70% ou 80%, conforme a unidade da federação. Outra pesquisa, de autoria de Adorno e Bordini (1989), apontava uma taxa de 46,03%, relativa aos sentenciados libertados das prisões do estado de São Paulo entre 1974 e 1976. A seu turno, Kahn (2001) produziu pesquisa sobre reincidência penal para o estado de São Paulo e apontou que a taxa era de 50% em 1994; 45,2% em 1995; e 47% em 1996 (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA. Brasília: IPEA, 2015, p. 11-13; 111).

¹⁶⁶ FONSECA, op. cit., p. 169.

¹⁶⁷ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 152.

ao servir de ferramenta de ordenação dos miseráveis e de aceitação da subordinação capitalista como alternativa única¹⁶⁸.

Destarte, a obriedade da pena de prisão também tem a ver com a nova ideia de tempo que surge naquele período, na medida em que “a prisão será um instrumento de coerção, condicionamento e educação para a vida cronometrada da sociedade”¹⁶⁹. Ora, se tempo é dinheiro, o infrator que não tem dinheiro deve perder o seu tempo em benefício do desenvolvimento da nação¹⁷⁰. O uso disciplinado do tempo significa acúmulo de capital; e é nesse contexto que nasceu a sociedade de vigilância denunciada por Foucault¹⁷¹.

Ante o exposto, bem resume Alessandro De Giorgi que:

O nascimento da prisão se coloca, portanto, na passagem de um regime penal que aponta para a destruição do corpo do condenado, sobre o qual se reflete o poder absoluto do monarca, para uma forma de punição que poupa o corpo a fim de que, na sua produtividade, se evidencie o poder econômico relativo do capitalista. Uma nova concepção do tempo, de um lado, e uma universalização do princípio da troca de equivalentes, do outro, explicam a afirmação histórica paralela do contrato como fixação do tempo de trabalho e da sentença como fixação do tempo de reclusão.¹⁷²

Pelo exposto, observamos que o fenômeno da criminalização da pobreza não é novo; está ligado historicamente à administração e geração de riquezas em benefício de minorias privilegiadas. Se em um primeiro momento do capitalismo foi usada para disciplinar e permitir a submissão da classe obreira, servindo para afiançar a cultura industrial, hoje serve para disciplinar e controlar os marginais e excluídos, diante da impossibilidade de solucionar suas carências e achar a solução de suas vidas¹⁷³.

Para este estudo, é fundamental traçarmos um paralelo entre os processos de surgimento das prisões na Europa e no Brasil, demonstrando algumas peculiaridades do processo de criminalização da pobreza brasileiro.

¹⁶⁸ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 152; 154; GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 39-40; CACICEDO, Patrick Lemos. O princípio da less eligibility, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan./fev. 2015.

¹⁶⁹ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 43.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 44.

¹⁷¹ Ibidem, p. 43.

¹⁷² GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 40-41.

¹⁷³ Cf. Elías Neuman (apud AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 52-53).

No Brasil, a pena de prisão surge logo após a independência política, com previsão no artigo 179, inciso IX, da Constituição de 1824, que foi inspirada nos ideais iluministas, e que previa alguns direitos aos presos. Com o Código Penal de 1830, a prisão-pena ganha *status* jurídico e, apesar da influência iluminista e do utilitarismo de Jeremy Bentham, ainda havia a previsão de penas cruéis, como a pena de morte (que somente foi revogada pelo Código Penal de 1890), as galés, o banimento e o açoite¹⁷⁴.

Conforme as lições de Rodrigo Roig, o sistema carcerário no Brasil teve seus contornos traçados no cerne da sociedade escravista brasileira do século XIX, especialmente no começo da expansão cafeeira. O cenário envolvia agitações sociais e temor de uma insurreição escrava, tornando imprescindível a adoção de um modelo penal disciplinador que fosse capaz de vigiar determinados segmentos sociais, de subjugar a população cativa e de reforçar o regresso conservador¹⁷⁵.

Sobre a importância do instituto da prisão como instrumento de perpetuação das relações de poder da sociedade escravista brasileira, mais uma vez nos valem dos ensinamentos de Roig:

Na medida em que a prisão representa uma importante instância no processo de controle social, é de se esperar que esta tenha sido um reflexo e, ao mesmo tempo, um instrumento de consolidação das relações de poder na sociedade escravista brasileira. E o complexo normativo em sede penitenciária foi exatamente erigido no intuito de planificar a perpetuação desta estrutura relacional poder-sujeição. Da programação carcerária dependia fundamentalmente toda a programação criminalizante então empreendida, já que os alvos do sistema penal, frequentemente, alternavam momentos de vida intra e extra cárcere. Diante disso, o complexo de normas disciplinares carcerárias do Império foi marcado pelo vigilantismo (panoptismo), pela adoção do critério da condição social do apenado como parâmetro para a distribuição de punições, pela notória discriminação entre presos escravos e presos “comuns” e pela coexistência de modelos penais ressocializadores e meramente aflitivos, que perseguiram escopos utilitaristas próprios e encarnavam a contradição entre o liberalismo e a escravidão, pulsantes à época.¹⁷⁶

Enquanto no velho continente a primeira casa de correção surgiu, como vimos, na Inglaterra, em 1555; no Brasil, a primeira casa de correção surgiu na cidade do Rio de Janeiro, em 1850, ou seja, três séculos depois, inspirada na experiência inglesa. Enquanto o modelo inglês se prestava a abrigar principalmente “vagabundos e mendigos” e servia como casa de assistência aos pobres, oficina de trabalho e instituição penal; o modelo brasileiro representou

¹⁷⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 89-96.

¹⁷⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 35-36.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 36-37.

a inauguração da pena de prisão em solo nacional¹⁷⁷, servindo de estabelecimento penal, capaz de abrigar cativos insurgentes e capoeiras, assim como de “reprimir a mendicância, acostumar os vadios ao trabalho, e corrigi-los de seus vícios tão prejudiciais a eles mesmo como à sociedade em geral”¹⁷⁸.

Sobre as principais distinções entre o surgimento da pena de prisão nos países da Europa, Estados Unidos e Brasil, temos que:

Enquanto nos primeiros a pena de prisão estava diretamente atrelada ao incremento produtivo e à necessidade de restabelecimento da ordem, abalada pelos movimentos sociais da primeira metade do século XIX, por aqui a prisão se apresentava, conforme já mencionado, como uma resposta às vicissitudes e ameaças sofridas pela ordem escravista.¹⁷⁹

A casa de correção da corte surgiu respaldada pelo discurso de que seria um progresso em relação aos métodos de castigo praticados no período colonial e no início do Império, e de que colocaria o Brasil no mesmo mapa das nações civilizadas¹⁸⁰.

Percebemos, contudo, que a recém-estabelecida prisão-pena, executada na casa de correção, mantinha incólume o seu caráter de suplício corporal em relação aos presos escravos, reproduzindo, pelo poder punitivo do Estado, as práticas punitivas senhoriais e privadas do antigo regime colonial, na medida em que servia não apenas como meio de expiação do ato praticado (função retributiva da pena) e de dissuasão de possíveis levantes escravos (função preventiva geral), mas principalmente como instrumento de neutralização – ou extermínio – dos cativos insurgentes ou inúteis aos meios de produção (função preventiva especial negativa)¹⁸¹, não se afastando, em sua essência, do sistema penitenciário brasileiro da atualidade, como mostramos mais adiante.

Já em relação aos presos considerados comuns, a pena de prisão executada na casa de correção possuía um viés ressocializador, de educar para o trabalho e de regenerar moralmente,

¹⁷⁷ Cf. René Ariel Dotti (apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 38).

¹⁷⁸ Cf. *Jornal O homem e a América*, Rio de Janeiro, 19 de novembro de 1831 (apud ROIG, op. cit., p. 37).

¹⁷⁹ Ibidem, p. 39.

¹⁸⁰ Conforme vimos no início do capítulo, a ideia de progresso é utilizada pelos historiadores ideólogos burgueses para conceber a história de modo a justificar as ações da classe dominante, fazendo-as aparecer como as razões da história.

¹⁸¹ ROIG, op. cit., p. 43.

de acordo com os ditames do projeto liberal emergente empreendido pelas forças sociais dominantes (função preventiva especial positiva)^{182 183}.

Em suma, temos que, na experiência brasileira, a economia das penas não dependia do tipo de ilegalidade, e sim do inimigo a ser gerido.

Pelo exposto até aqui, percebemos que as funções verdadeiramente perseguidas e realizadas pela pena de prisão pouco mudaram desde o seu surgimento, já que:

A prisão nunca deixou de ser o equipamento privilegiado de contenção das consequências geradas pelas assimetrias sociais intrínsecas ao sistema de produção. Tampouco deixou de ser um poderoso equipamento de configuração ideológica da fundamentação e legitimação do poder de punir do Estado.¹⁸⁴

1.3 Seletividade penal

Conforme vimos, o direito penal moderno, forjado nos ideais do liberalismo iluminista, é referido tanto como um bem para o cidadão quanto um instrumento de promoção da justiça, na medida em que atua de maneira isonômica¹⁸⁵. No mesmo sentido, a pena de prisão surge como o “castigo igualitário”.

De fato, a dogmática penal tradicional se utiliza tão somente de fonte formal, consubstanciada em normas jurídicas, que “valem para todos” – ao contrário da criminologia crítica, que se utiliza de fontes materiais, enraizadas no modo de produção da vida material. Assim, os penalistas ideólogos lançam mão de universais abstratos, que servem como mecanismos de inversão da realidade, tratando o legal como legítimo, tendo em vista que o direito penal é em verdade classista, racista e seletivo e, portanto, ilegítimo.

Em que pese ser a seletividade penal algo, de certo modo, natural, tendo em vista a impossibilidade de cumprimento de todo o programa primário de criminalização, “é certo que há uma distribuição desigual do aparelho punitivo estatal, muito embora a prática delitiva se manifeste em todos os estratos sociais”¹⁸⁶, sendo que tal distribuição recai sobre um público-alvo.

¹⁸² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 42-43. No Brasil, o modelo penitenciário auburniano, que vigorou na casa de correção da corte, em 1850, foi importado tendo em vista justamente os presos comuns, visando à utilização de sua força laborativa (Ibidem).

¹⁸³ AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 44.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 53.

¹⁸⁵ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 187.

¹⁸⁶ Idem. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 203.

Ora, não é o comportamento desviante que determina se o indivíduo será selecionado pelo sistema penal, e sim o seu grau de vulnerabilidade frente ao poder punitivo estatal; tal grau dependerá do *status* social do indivíduo ou do quanto suas características correspondem ao estereótipo criminoso¹⁸⁷. Acerca de tais estereótipos, esclarece Salo de Carvalho:

A vulnerabilidade ao encarceramento atinge grupos muito particulares, ou seja, os grupos-alvo identificados como desajustados que necessitam ser neutralizados possuem uma especificidade ímpar, normalmente associada aos rótulos atribuídos à juventude negra, pobre e socialmente marginalizada, vinculada, direta ou indiretamente, ao comércio varejista de drogas ilícitas das grandes periferias urbanas.¹⁸⁸

Assim, a seleção desses grupos-alvo pelo sistema penal faz com que o processo de criminalização se traduza em criminalização da pobreza¹⁸⁹, o que não pode ser confundido com a seletividade “aceitável” do aparato público punitivo.

Conforme expomos, o fenômeno da criminalização da pobreza não é novo, sendo anterior à própria instituição da prisão-pena, com origem no período mercantilista. Também mostramos que a detenção sem fins de custódia surge naquele período, com a criação das casas de correção e de trabalho, gérmenes das prisões modernas, atendendo aos interesses econômicos da época.

No mesmo sentido, acerca do inimigo preferencial das sociedades pós-modernas, Rubens Casara destaca que:

O estranho a ser demonizado (e, portanto, objeto em potencial do sistema penal e das práticas fascistas) é aquele que não está inserido funcionalmente na sociedade de consumo; ou seja, aquele a quem Bauman designa como “consumidor falho”.¹⁹⁰

Assim, percebemos que o público-alvo continua a ser essencialmente o mesmo, desde os primórdios da pena de prisão: o pobre, que se antes era o inútil sob o ponto de vista econômico, o ocioso cuja mão de obra poderia ser aproveitada de maneira forçosa, hoje é o não consumidor. Não por acaso a esmagadora maioria dos presos cumpre pena por crimes patrimoniais e relacionados ao tráfico de drogas¹⁹¹.

¹⁸⁷ LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade**: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 199-200.

¹⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.

¹⁸⁹ CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 207.

¹⁹⁰ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 278.

¹⁹¹ AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 154.

De fato, conforme dados contidos no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias¹⁹², do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), relativos à população carcerária no período de janeiro a junho de 2020, 32,39% das incidências penais se referem à Lei de Drogas, enquanto 38% dizem respeito a crimes contra o patrimônio, o que indica que cerca de dois terços das condutas criminosas selecionadas pelo aparato punitivo do Estado dizem respeito a crimes cometidos sobretudo pelas classes sociais mais baixas. No mesmo sentido, e trazendo as palavras de Loïc Wacquant acerca da função primordial da prisão, que não mudou desde o seu surgimento:

O encarceramento serve antes de tudo para “governar a ralé” que incomoda – segundo a expressão de John Irwin (1986) – bem mais do que para lutar contra os crimes de sangue cujo espectro frequenta as mídias e alimenta uma florescente indústria cultural do medo dos pobres.¹⁹³

No caso brasileiro, Cacicedo aponta que a questão racial tem papel igualmente central no processo de criminalização¹⁹⁴; tendo as prisões brasileiras, inclusive, nascido principalmente para o controle da população negra em uma sociedade escravocrata, apesar do completo silêncio quanto à palavra “racismo” na maioria dos manuais de direito penal, o que mostra que há um domínio de classe fundado na raça, que reproduz por meio do direito penal as relações sociais vigentes, e que é ocultado pelo pensamento penal hegemônico¹⁹⁵.

¹⁹² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Quantidade de incidências por tipo penal. In: **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTVlMWwRiOWYtNDVhNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 13 maio 2021.

¹⁹³ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 68. O autor chama atenção à seletividade do sistema penal norte-americano, ao especificar o prisioneiro típico que entrava em uma *state prison* em 1992: afro-americano (54%); menor de 35 anos (75%); sem diploma de estudos secundários (62%); condenado por crime não violento (mais de 70%). Tal criminalização da miséria é reforçada ao se constatar as infrações cometidas com mais frequência entre os recém-chegados: posse ou tráfico de drogas (29%); furto e receptação (19%); arrombamento (15%); atentados à ordem pública (8%), roubo com violência (11%); agressão (7%); violências sexuais (5%) e assassinato ou sequestro (4%). Assim, apenas um quarto dos prisioneiros eram condenados pelo cometimento de crimes violentos (Ibidem).

¹⁹⁴ Sobre a criminalização do negro, aponta Ana Luisa Zago Moraes que Nina Rodrigues foi um dos principais doutrinadores racistas do início do século XX e a sua obra, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, serviu de influência para a política criminal no período, reforçando a teoria da inferioridade racial, segundo a qual a responsabilidade penal das “raças inferiores” não poderia ser tratada como igual a das “raças brancas civilizadas” (MORAES, Ana Luisa Zago de. **Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 111).

¹⁹⁵ CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 190-194.

De fato, conforme afirma Zaffaroni, a relação entre o poder punitivo e criminalizante e o racismo é de caráter estrutural, sempre e em todo o mundo¹⁹⁶. Nesse sentido, mesmo com a abolição da escravidão, as prisões continuam a abrigar no Brasil a população negra indesejada.

Mais uma vez nos valendo de dados constantes no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, relativo ao primeiro semestre de 2020, temos que 66% da população carcerária com informação é composta por pretos e pardos¹⁹⁷. Acerca da disparidade das taxas de encarceramento da população negra e branca, levantamento feito pela Secretaria Nacional da Juventude¹⁹⁸ dá conta de que, em 2012, a taxa relativa à população negra presa era de 595 a cada 100 mil habitantes negros, enquanto a da população branca era de 288 a cada 100 mil habitantes brancos.

Destarte, dados constantes no relatório *Fim da Liberdade*, divulgado em 2019 pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), trazem importantes dados sobre o perfil dos presos na porta de entrada do sistema penitenciário, isto é, nas audiências de custódia¹⁹⁹.

Assim, quanto ao sexo e à idade das pessoas apresentadas em audiências de custódia, 90,87% são homens e 65% têm entre 18 e 29 anos de idade. Em relação à escolaridade, 34,82% não concluíram o ensino fundamental e 2,05% eram analfabetos. Já quanto à renda, 37,6% não possuíam renda fixa e apenas 8,9% dos custodiados declararam receber um valor mensal maior do que o equivalente a 2,1 salários-mínimos.

Quanto à raça/cor, 64,1% dos custodiados monitorados são negros, enquanto o índice da população das cidades monitoradas é de apenas 47,1%, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O relatório conclui que o racismo estrutural serve como um dos principais motores do sistema penal, levando mais negros do que brancos para dentro do sistema.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo. Eguzkilore: zientzia kriminologikoen aldizkari elektronikoa. **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastian, 7 ext, 1994.

¹⁹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Quantidade de incidências por tipo penal. In: **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTVMWRiOWYtNDVhNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 13 maio 2021.

¹⁹⁸ Idem. Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2015.

¹⁹⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (Brasil) (Org.). **O fim da liberdade**: A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

Os dados demonstram que a seletividade penal no Brasil opera em relação a um público-alvo: o jovem, de baixa escolaridade, pobre e negro²⁰⁰.

Ante o exposto, percebemos, uma vez estudada a crítica negativa/agnóstica da pena, que a seletividade penal, em que pese ser uma característica estrutural do poder punitivo – e que pode ser atenuada, mas jamais suprimida –, vem sendo utilizada como instrumento de expansão do Estado de polícia (reduzindo, em igual medida, o Estado de direito), que, a seu turno, “está sempre inventando novos inimigos”²⁰¹. O direito penal, que deveria ser redutor e andar de mãos dadas com o Estado de direito, é, portanto, seletivo, racista e reproduzidor das relações sociais vigentes em todos os níveis de sua manifestação:

[...] o discurso crítico da teoria criminológica da pena define o Direito Penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo.²⁰²

Ainda sobre o tema, valemo-nos das lições de Thiago Fabres de Carvalho, que sintetiza parte do exposto até aqui:

A trajetória das ideologias e das estratégias de controle penal no Brasil reflete, nitidamente, os processos de dominação impostos pelas classes hegemônicas e sua definição da realidade social, em que o direito penal é historicamente utilizado como instrumento de gestão da miséria e da exclusão social e de reprodução das relações de poder dominantes forjadas a partir da “naturalização da desigualdade”. Os processos de exclusão e vitimação dos segmentos sociais subalternos representam a missão oculta, não declarada, do sistema penal brasileiro, mediante a punição implacável ou a escancarada e desinibida eliminação da população negra e/ou pobre dos grandes centros urbanos, escandalosamente assumidas como estratégias de manutenção da “ordem social”.²⁰³

²⁰⁰ Na Europa, por outro lado, o “inimigo adequado”, conforme termo criado por Loïc Wacquant, é o estrangeiro não europeu, sendo que em todo o continente há a convergência quanto à especial severidade na aplicação de práticas policiais, judiciais às pessoas de fenótipo não europeu, havendo um verdadeiro processo de criminalização de imigrantes (WACQUANT, Loïc. “Suitable enemies”: foreigners and immigrants in the prisons of Europe. *Punishment & Society*, n. 1, 1999, p. 219).

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 452.

²⁰³ CARVALHO, Thiago Fabres de. O direito penal do inimigo na periferia do capitalismo: a política criminal da guerra permanente no Brasil contemporâneo e os espectros do homo sacer da Baixada. In: CARVALHO, Thiago Fabres de; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Política criminal e estado de exceção no Brasil: o direito penal do inimigo no capitalismo periférico*. Rio de Janeiro: Revan, 2020, p. 200.

Nesse contexto, resta patente a ilegitimidade do sistema penal brasileiro (e, por consequência lógica, do prisional, haja vista que a prisão é o principal instrumento do poder punitivo), já que não cumpre outra função senão excluir o público-alvo indesejado. Apesar de tais constatações – ou talvez em razão delas –, não há grande engajamento por parte da sociedade brasileira ou das autoridades públicas na luta contra o encarceramento massivo de jovens, pobres e negros, conforme mostramos a seguir.

2 ENCARCERAMENTO EM MASSA E SUA CONFIGURAÇÃO NO BRASIL

2.1 Encarceramento em massa

Ao longo da década de 1990 em diante, é percebida uma tendência mundial ao aumento nas taxas de encarceramento, embora seja impossível saber, com exatidão, o atual número de indivíduos legalmente privados de liberdade no mundo, seja porque alguns Estados não fornecem estatísticas atualizadas ou porque outros não as fornecem ou apenas as retocam²⁰⁴.

Quanto ao crescimento da população carcerária, é certo que, no conjunto dos países desenvolvidos, o aumento dos indicadores de encarceramento no período situou-se em torno de 45%. Já nas Américas, o aumento foi mais acentuado, sendo que, nos seis países mais populosos, o crescimento foi sempre superior a 80%²⁰⁵; enquanto no continente europeu, foi mais contido, na medida em que metade dos países registrou aumentos superiores a 40%. Contudo, levando em conta os países em desenvolvimento, como a maioria dos países africanos e asiáticos, os aumentos nas taxas de encarceramento se colocam, em média, acima de 100%²⁰⁶.

Massimo Pavarini²⁰⁷ adverte que as notórias diferenças nas taxas de encarceramento pelo mundo nos levam a suspeitar que o fenômeno seja resultante de uma enorme pluralidade de fatores, haja vista a grande diversidade cultural, econômica, política e social dos países tomados isoladamente; destarte, tendo em vista que o processo de reencarceramento ocorreu no mesmo período em quase todo o globo, também somos levados a pensar na existência determinante de causas exógenas nos contextos nacionais isolados.

Ao analisar a média ponderada das taxas de encarceramento, Pavarini chega a algumas conclusões. Primeiramente, afasta a hipótese que estabelece uma correspondência entre as taxas de encarceramento e certas variáveis estruturais, a exemplo da densidade populacional, da composição demográfica por idade, da riqueza do Estado e do bem-estar econômico do povo. Afasta, outrossim, variáveis políticas, como os níveis de democracia, sistemas de governo e de representação e variáveis normativas, que tampouco parecem ser significativamente relacionadas às taxas de repressão. Finalmente, atesta que as taxas de criminalidade não parecem manter uma relação direta com as de encarceramento. Assim, partindo dessas

²⁰⁴ PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 294; 300-301.

²⁰⁵ Cf. Carranza (apud PAVARINI, op. cit., p. 299-300).

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem, 301-302.

constatações, indaga o autor qual é a origem do aumento da repressão e, por conseguinte, do encarceramento²⁰⁸.

Acerca da mesma indagação, Marcelo Semer, ao tratar do grande encarceramento, aduz que “a retomada da prisão não se dá como resultado de acontecimentos fortuitos”, e que, “embora não se tenha uma explicação única para as causas, e tampouco uniforme para as consequências, diante de abordagens múltiplas e realidades distintas, existem pistas nos modelos que procuraram atualizar essa correlação”²⁰⁹.

Passemos, então, à análise resumida dos modelos mais difundidos pelos países do Norte Global, para que mais adiante possamos compreender os possíveis reflexos nos países periféricos, em especial no Brasil.

2.1.1 O fenômeno no Norte Global

Para melhor compreender a “redescoberta” da prisão nos países do Norte Global, cumpre-nos rememorar alguns pontos acerca do surgimento do direito penal moderno:

A construção do Direito Penal moderno a partir dos preceitos iluministas coloca um peso enorme na responsabilização individual como a grande solução para a prevenção dos delitos. A consciência de que cada indivíduo é livre e, portanto, responsável pelos seus atos construiu o arcabouço teórico pelo qual a pena, por si só, consegue criar um desestímulo em cada indivíduo, inibindo-o de cometer delitos. É verdade, também, que a valorização do indivíduo possibilitou que se estabelecessem à pena limites que impediriam uma exacerbação dos castigos em função de um respeito à dignidade humana.²¹⁰

Segundo a criminologia contratualista, portanto, o direito penal é elemento central da política de prevenção da criminalidade.

A virada sociológica na criminologia contemporânea se dá, principalmente, pelo pensamento de Émile Durkheim²¹¹, que busca criar a sociologia como ciência, tratando o fato social como coisa, desprovida de interioridade. No âmbito da compreensão do fenômeno

²⁰⁸ PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 297; 307.

²⁰⁹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 23.

²¹⁰ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 14.

²¹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 59.

criminoso, significa que o crime constitui um fato social cujas causas não podem nunca ser encontradas em circunstâncias individuais, isto é, nas decisões pessoais de cada indivíduo²¹².

Assim, para o sociólogo, a pena não pode ter como principal objetivo dissuadir o indivíduo a não cometer crime, que é um fenômeno normal de toda estrutura social; ao revés, “a função da pena é satisfazer a consciência comum, ferida pelo ato cometido por um dos membros da coletividade”²¹³.

Com isso, conforme salienta Pedro Vieira Abramovay, “a pena e o Direito Penal deixam de ser compreendidos como o principal instrumento de política criminal, de prevenção ao delito”²¹⁴. A partir dessa nova compreensão do delito, que provoca uma verdadeira revolução nas propostas de prevenção do delito, são desenvolvidas diversas teorias criminológicas, a exemplo da Escola de Chicago, da teoria da associação diferencial, da teoria da anomia e da teoria da subcultura delinquente, dentro do que se convencionou chamar de “escolas do consenso”.

Conforme aponta Abramovay²¹⁵, essa virada criminológica casou perfeitamente com as mudanças que ocorriam no mundo a partir da década de 1930. No contexto norte-americano, após a crise de 1929, e a partir da eleição de Franklin D. Roosevelt, há o surgimento do *New Deal*, caracterizado por uma postura intervencionista do Estado nas relações privadas. Salienta o autor que:

Trata-se de uma concepção sobre a responsabilidade do indivíduo e do Estado na sociedade que dialoga perfeitamente com teorias que têm uma compreensão sobre o fenômeno da criminalidade que proponham políticas públicas mais complexas do que a mera utilização da pena.²¹⁶

Com a mudança da feição estatal absenteísta do Estado liberal pela intervencionista própria de um Estado de bem-estar social (*Welfare State*), surge o *welfarismo* penal correcionalista (*penal-welfare*), com a mudança do discurso retributivista e preventivo geral negativo para o paradigma da prevenção especial positiva, por meio de compromissos

²¹² ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 14

²¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 193.

²¹⁴ ABRAMOVAY, op. cit., p. 16.

²¹⁵ Ibidem, p. 17.

²¹⁶ Ibidem.

correcionalistas pautados na reabilitação²¹⁷. Assim, “o papel do Estado do bem-estar social é assimilar os desviantes, integrando-os no corpo da sociedade”²¹⁸.

Os “anos dourados” na Europa e na América do Norte do pós-guerra foram um mundo de pleno emprego, de inclusão e de conformidade²¹⁹, e a prisão era vista como uma instituição em declínio inevitável. O procedimento de individualização científica da pena, sob a ótica correcionalista do *penal-welfare* possibilitou diversas formas de flexibilização da prisão²²⁰. Nesse sentido, as taxas de encarceramento nos Estados Unidos foram mantidas em níveis baixos desde a depressão de 1929 até o final da década de 1960. Na Europa, o cenário era parecido, sendo o período que vai até 1975 apontado como um processo de fundo de descarcerização²²¹.

Contudo, o que se observou na sequência foi um giro punitivo sem precedentes, que recolocou a prisão no centro da política-criminal, acarretando o encarceramento em massa. Passemos, então, à breve análise dos modelos explicativos do fenômeno mais difundidos pelos países do Norte Global.

2.1.1.1 A explicação culturalista de David Garland

David Garland, em *A Cultura do Controle*, busca analisar como a pós-modernidade, como fator compartilhado de desenvolvimento histórico, transformou a cultura do controle do crime e da justiça criminal, primeiramente nos Estados Unidos e depois na Grã-Bretanha²²².

Para tanto, o autor demonstra a contradição entre a trajetória do controle do crime nos anos 1970 e aquela das décadas seguintes, que seguiu direção quase oposta, salientando que os desdobramentos em matéria de controle do crime e da justiça criminal mostram uma aguda descontinuidade que reclama explicação, eis que representam uma “marcha à ré”, tendo em vista a reaparição de sentimentos punitivos e absolutamente antimodernos²²³.

²¹⁷ CARVALHO, Salo de. Substitutos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 357.

²¹⁸ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 21.

²¹⁹ Ibidem, 16.

²²⁰ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16.

²²¹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 28-29.

²²² GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 33-36.

²²³ Ibidem, p. 41-42; 44.

Aduz Garland que a abrupta e profunda transformação provocou divergências e confusão entre os operadores e estudiosos do sistema penal, tendo em vista que as mudanças assumiram a forma de um ataque fundamental ao sistema penal até então em voga²²⁴.

Em que pesem tais divergências, há sinais de mudança que foram percebidos tanto pelos profissionais do sistema penal quanto pelos acadêmicos, salientando o autor que os problemas institucionais e as reações políticas sentidas na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos são semelhantes, de modo que é possível pensar em tendências estruturais comuns, ainda que as reações culturais e políticas e as trajetórias sociais sejam diferentes²²⁵.

O catálogo dos sinais da dita transformação compreende²²⁶: a) o declínio do ideal de reabilitação; b) o ressurgimento de sanções retributivas e da justiça expressiva; c) mudanças no tom emocional da política criminal; d) o retorno da vítima; e) o discurso de proteção do público; f) a politização e o novo populismo; g) a reinvenção da prisão; h) a transformação do pensamento criminológico; i) a expansão da infraestrutura da prevenção do crime e da segurança da comunidade; j) a comercialização do controle do crime pela sociedade civil; k) o novo gerencialismo; e l) uma perpétua sensação de crise.

Sobre tais fatores, alguns pontos merecem destaque.

Quanto ao declínio do ideal de reabilitação, é certo que houve o gradual desaparecimento da *ratio* correcional e previdenciária própria do *penal-welfare*, dissipando-se o conjunto de crenças, valores e práticas sobre o qual a pena moderna foi erigida²²⁷.

Conforme ilustra Garland:

As possibilidades de reabilitação das medidas de justiça criminal são rotineiramente subordinadas a outros objetivos penais, especialmente a retribuição, a neutralização e o gerenciamento de riscos.²²⁸

No que tange às mudanças no tom emocional da política criminal, se durante o previdenciarismo penal (1890-1970) havia o tom de confiança no progresso do combate ao crime e da racionalização da justiça criminal; a partir da década de 1970, o tom passa a ser o de desconfiança pública na capacidade da justiça criminal em resolver a questão da criminalidade. O medo do crime passa a ser visto como um problema social por si só, bem distinto do delito e

²²⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 45.

²²⁵ Ibidem, p. 49-50.

²²⁶ Ibidem, p. 50-67.

²²⁷ Ibidem, p. 50-51.

²²⁸ Ibidem, p. 51.

sua vitimização. Há uma presunção consolidada de que as taxas de criminalidade estão piorando, independentemente dos níveis atuais²²⁹. Assim:

O novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e de proteção.²³⁰

Daí o ressurgimento da ideia de retribuição “justa” como um objetivo político generalizado, ocasionado pela percepção da injustiça contida no sentenciamento individual. A punição expressiva, que canaliza o sentimento público, volta a ser um objetivo jurídico respeitável²³¹.

Quanto ao retorno da vítima ao centro da política criminal, trata-se, em verdade, da figura simbólica da vítima, que não é mais um cidadão desafortunado, mas um personagem mais representativo, cuja experiência é projetada para o comum e coletivo. Contudo, a espetacularização de vítimas concretas serve para reforçar o medo do crime (“poderia ter sido eu”), e leis são aprovadas e batizadas com o nome de vítimas reais para aumentar o aparato punitivo. Trata-se de um jogo político maniqueísta, no qual o ganho do agressor significa a perda da vítima e vice-versa²³².

Nesse sentido, houve também uma transformação quanto à proteção do interesse público.

No sistema correcional, o público também era protegido, mas com outro enfoque: para o criminoso comum, a política criminal girava em torno da ressocialização, correção, tratamento, penas alternativas; já para o criminoso incorrigível ou perigoso, havia a segregação por tempo indeterminado. Adverte Garland que foram justamente os reformistas do bem-estar penal que inventaram a prisão preventiva tal como a conhecemos e as sentenças condenatórias por tempo indeterminado²³³.

²²⁹ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 53-54.

²³⁰ Ibidem, p. 54.

²³¹ Ibidem, p. 52. Sobre a ideia de retribuição “justa”, é certo que o paradigma retributivo enxerga o crime como uma dívida moral que deve ser paga, e a justiça como o processo que devolve o equilíbrio à balança. A punição se faz necessária ainda que ela tenha pouca relevância para as necessidades da vítima ou para a correção dos danos causados pelo delito (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.71-74).

²³² GARLAND, op. cit., p. 54-56.

²³³ Ibidem, p. 56.

Com o desaparecimento daquele sistema, proteger o público se tornou o tema dominante da política criminal e, quanto maior a ênfase na repressão efetiva e controle, maior será a negligência quanto às liberdades civis de suspeitos e aos direitos dos presos²³⁴. Assim:

Nas últimas décadas, a prisão foi reinventada como um instrumento de contenção neutralizante, destinado a criminosos violentos e perigosos reincidentes, mas afetando também grupos de agressores condenado a pequenas penas.²³⁵

É fácil compreendermos, portanto, a recepção da corrente populista nas políticas criminais, que desqualifica os operadores e acadêmicos do direito e que invoca a autoridade da “população”, do senso comum, e de expressões de impacto (comumente reproduzidas pela mídia), com o consequente desprestígio da pesquisa do saber criminológico. Com isso, ocorre um estreitamento do debate, com convergência de propostas no sentido do aumento da repressão criminal, independentemente da ideologia do partido político²³⁶.

No que tange à reinvenção da prisão, Garland aduz que no sistema *penal-welfare* do pós-guerra, a prisão era o último recurso²³⁷, pois era considerada contraproducente e desorientada em relação aos objetivos correccionais. O discurso prevalecente era o de busca por alternativas ao encarceramento. Porém, de 1973 a 1997, o número de presos nos Estados Unidos aumentou 500%, e o reconhecido fracasso histórico da prisão, sedimentado ao longo do século XX, foi mitigado, de modo que a opinião dominante agora é de que a prisão funciona, não para ressocializar, mas como instrumento de neutralização e retribuição que satisfaça o clamor público²³⁸.

Para Garland, as prisões foram reinventadas no final do século XX pois são úteis para as sociedades neoliberais de modernidade tardia, na medida em que se encontram no ponto de

²³⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 56-57.

²³⁵ Ibidem, p. 56.

²³⁶ Ibidem, p. 57-58. Vale mencionar, sobre o tema, que na Itália, a partir da década de 1970, surge o movimento político-criminal conhecido como direito penal de emergência, que tomou corpo em grande parte do mundo com uma inflação legislativa influenciada pela mídia em momentos de apelo social, nos quais problemas preexistentes são construídos como uma emergência a partir de algum caso concreto, acarretando o aumento do rigor da lei penal, de modo que a pena é vista como categoria de resposta única a problemas que historicamente não foi capaz de responder, tratando-se o direito penal de emergência, portanto, de um instrumento autoritário de política criminal (ALMEIDA, Bruno Rotta; CACICEDO, Patrick. Emergências, direito penal e Covid-19: por um direito penal de emergência humanitário. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 335, out. 2020).

²³⁷ GARLAND, op. cit. p. 59. Salo de Carvalho, em sentido contrário ao sustentado por Garland, defende que o princípio da *ultima ratio* da pena, e em especial, da pena de prisão, é legado do pensamento liberal clássico, consolidado pelo direito penal contemporâneo por meio dos princípios da intervenção mínima, de fragmentariedade ou de subsidiariedade, que concentram a ideia da *ultima ratio*; não se tratando, portanto, de conquista do modelo correccionalista (CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23).

²³⁸ GARLAND, op. cit. p. 59.

encontro de duas das mais importantes dinâmicas sociais do nosso tempo: o risco e a retribuição²³⁹.

Houve também importante transformação do pensamento criminológico, que repercute diretamente na mudança da imagem pública do delinquente, senão vejamos.

Na criminologia do pós-guerra, o criminoso comum cometia crime pois era privado de direitos sociais básicos ou de tratamento apropriado para o seu problema de saúde, de modo que a solução para o crime “residia no tratamento correccional individualizado, no apoio e supervisão das famílias e na adoção de medidas de reforma social que aumentassem o bem-estar”²⁴⁰. Assim, o delinquente era o sujeito necessitado, desfavorecido.

De 1970 em diante, surgem diversas teorias de controle, para as quais a delinquência não é problema de privação, mas de controle inadequado. Assim, “os delinquentes são atores racionais, refratários aos mecanismos de inibição e totalmente responsáveis por seus atos criminosos”²⁴¹. Trata-se de uma nova criminologia, da vida cotidiana, pela qual o crime é um aspecto normal da sociedade moderna, cuja resposta deve ser o recrudescimento de políticas de retribuição e de intimidação.

Nesse novo contexto, surge um “novo sistema de controle do crime que se vale das novas criminologias da vida diária para guiar suas ações e moldar suas técnicas”²⁴², com a expansão da infraestrutura da prevenção do crime e da segurança da comunidade, inclusive por meio de parcerias preventivas, como serviços de vigilância. Percebemos, também, uma distorção das linhas entre o público e o privado, com aumento do papel dos interesses comerciais no desenvolvimento e produção de políticas penais, privatização de presídios e o surgimento um novo gerencialismo, que afeta todos os aspectos da justiça criminal²⁴³.

Contudo, há instâncias onde os princípios de eficiência e estratégia gerenciais parecem ter sido invertidos:

De fato, a combinação de corte de gastos em setores da justiça criminal que muitos especialistas reputam fundamentais no longo prazo (programas de tratamento da dependência de drogas, medidas preventivas comunitárias, educação nas prisões, remanejamento de condenados, subvenção de habitações etc.) com o esbanjamento de recursos em medidas que são populares, mas cuja efetividade é tida como duvidosa (encarceramento maciço, a “guerra contra as drogas”, obrigatoriedade da aplicação de

²³⁹ CARVALHO, Salo de. Substitutos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 360.

²⁴⁰ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 60.

²⁴¹ Ibidem, p. 61.

²⁴² Ibidem, p. 63.

²⁴³ Ibidem, p. 63-65.

penas privativas de liberdade etc.) é uma fonte continuada de tensão entre segmentos da comunidade, operadores do direito e formuladores das políticas públicas.²⁴⁴

Enfim, todas essas mudanças não afastaram a perpétua sensação de crise; ao revés, há um reconhecimento cada vez maior de que a moderna estratégia de controle do crime pela justiça criminal foi testada e falhou²⁴⁵.

David Garland não aponta exatamente as causas para tais mudanças, que representam a virada punitiva, mas entende que a situação atual quanto ao controle do crime foi moldada tanto pelo modo especial de organização social da pós-modernidade quanto pela economia de mercado, sendo que a mudança mais significativa se deu no nível cultural.

Em conclusão, valemo-nos das lições de Marcelo Semer, ao discorrer sobre a perspectiva culturalista de Garland:

As políticas de controle do crime também dependeram da existência de rotinas sociais e sensibilidades culturais disseminadas, condições extrapolíticas que as viabilizam, estruturada por arranjos sociais, econômicos e culturais da modernidade tardia.²⁴⁶

2.1.1.2 A explicação neoliberalista de Loïc Wacquant

Loïc Wacquant, em *Punir os Pobres*, ao tratar da virada punitiva que culminou no grande encarceramento do fim do século XX, correlaciona o crescimento do Estado penal e a ascensão do neoliberalismo:

A destruição deliberada do Estado social e a hipertrofia subida do Estado penal transatlântico no último quarto de século são dois desenvolvimentos concomitantes e complementares.²⁴⁷

O neoliberalismo, para além de reafirmar o capital e a promoção do mercado, opera segundo quatro diretrizes, quais sejam: a) a desregulamentação econômica, segundo a doutrina do “*laissez faire, laissez passer*”; b) a recuperação da ideia de crime como uma escolha pessoal,

²⁴⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 66-67.

²⁴⁵ Ibidem, p. 67.

²⁴⁶ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 36.

²⁴⁷ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 55.

que deve ser responsabilizada, própria da racionalidade penal moderna; c) a retração do Estado de bem-estar social; e d) a expansão do Estado penal²⁴⁸.

Destarte, Wacquant aponta causas comuns para o desenvolvimento concomitante do neoliberalismo e do Estado penal.

No âmbito econômico, destaca o abandono, em meados da década de 1970, tanto do contrato salarial fordista (os trabalhadores recebiam salários mais elevados para que pudessem comprar os produtos por eles fabricados, fomentando-se o consumo) quanto do compromisso keynesiano (qual seja, o *New Deal*, feito após a crise de 1929, de intervenção do Estado na economia). Já na esfera social, aponta a “crise do gueto como instrumento de confinamento dos negros em seguida à revolução dos direitos civis e aos confrontos urbanos da década de 60”²⁴⁹.

Nesse contexto, cria-se uma espécie de “Estado Centauro”, de cabeça liberal sobre corpo autoritário, com um “novo governo da miséria”, no qual a prisão ocupa uma posição central, colocando sob tutela grupos marginalizados²⁵⁰, que antes do desmonte do Estado de bem-estar social contavam em grande parte com o assistencialismo, cuja expansão serve para “silenciar as desordens”²⁵¹.

Há, portanto, a substituição do bem-estar social pelo poder disciplinar²⁵². Wacquant, em *Punir os Pobres*, apresenta uma pesquisa minuciosa sobre a drástica diminuição dos gastos públicos com o bem-estar social e o enorme crescimento dos investimentos públicos com o sistema penitenciário e as forças policiais²⁵³.

Tal como David Garland, Wacquant²⁵⁴ também aponta as mudanças percebidas com a virada punitiva, destacando: a) a disseminação de um discurso alarmista propagado pela mídia

²⁴⁸ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 33; ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 21. Temos que: “A ideologia neoliberal produz um modelo que é duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem seu bem-estar, e lida com a exclusão gerada por esse modelo, aumentando o controle penal para as populações marginalizadas” (Ibidem, p. 24).

²⁴⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 55.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ SEMER, op. cit., p. 32.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Os custos com o sistema penitenciário representa, no que tange aos gastos públicos nos três níveis da organização política americana, a maior expansão de 1975 em diante, apesar da diminuição, no mesmo período, dos gastos públicos no que tange ao assistencialismo (benefícios assistenciais caem pela metade em 20 anos), assim como o seguro-desemprego; ao revés, em 10 anos (1982-1993) os orçamentos das administrações penitenciárias aumentaram em 254%, além do aumento de gastos com o sistema de justiça e policial (WACQUANT, op. cit., p. 80).

²⁵⁴ SEMER, op. cit., p. 33. Acerca dos lucros do encarceramento em massa nos Estados Unidos, aduz Wacquant: “A prisão privada é hoje uma realidade incontornável da paisagem penal americana. Melhor, uma “indústria” em pleno *boom* [...] queridinha da Bolsa” (WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos

e pelos agentes de controle, pautado na “guerra ao crime”, na valorização da vítima e na estigmatização de excluídos; b) o mote de punir infrações de pouca gravidade, com o recrudescimento legislativo e judicial, c) o interesse privado em lucrar com o aumento do Estado penal, com a proliferação de dispositivos tecnológicos e de segurança privada; e d) a substituição do paradigma da reabilitação (próprio do *penal-welfare*, conforme vimos) pelo gerencialismo.

Acerca do grande encarceramento norte-americano, o autor aduz que, desde o começo da década de 1960, as taxas de encarceramento diminuía regularmente 1% ao ano, atingindo em 1973 o nível mais baixo do pós-guerra. Havia, portanto, uma estabilidade carcerária²⁵⁵. Contudo:

A reviravolta da demografia carcerária americana depois de 1973 será tão brutal quanto espetacular. Contra qualquer expectativa, a população penitenciária do país começa a aumentar em uma velocidade vertiginosa: fato sem precedentes em uma sociedade democrática, ela “dobro em dez anos e quadruplica em vinte.”²⁵⁶

Acerca do fenômeno, Wacquant observa que essa abrupta inversão da curva da população carcerária foi produzida durante um período de estagnação, ou até mesmo de recuo da criminalidade²⁵⁷, de modo que, ao contrário do afirmado pelo discurso midiático e político, não há correlação entre o aumento do encarceramento e da criminalidade. Nesse sentido:

A quadruplicação, em duas décadas, da população encarcerada se explica não pelo aumento da criminalidade violenta, mas pela extensão do recurso à prisão para uma gama de crimes e delitos que até então não incorriam em condenação à reclusão, a começar pelas infrações menores à legislação sobre os estupefacientes e os atentados à ordem pública.²⁵⁸

Percebemos, portanto, que “a ascensão do Estado penal é uma resposta ao crescimento da insegurança social e não da insegurança criminal”²⁵⁹.

Sobre o “ressurgimento” da prisão, Wacquant pontua que:

Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 90). Isto é, diversas empresas oferecem a gestão completa de centros de detenção, sendo que algumas delas estão cotadas na bolsa.

²⁵⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 56.

²⁵⁶ Ibidem, p. 57. Wacquant, ao apontar o primeiro lugar dos Estados Unidos no “ranking” mundial do encarceramento, aduz que “nenhuma nação democrática jamais conheceu uma tal bulimia carcerária, mesmo em tempos de crise social aguda e de conflito militar” (Ibidem, p. 60).

²⁵⁷ Ibidem, p. 64.

²⁵⁸ Ibidem. Nesse contexto, ganha especial destaque a chamada “guerra às drogas”, que mencionamos mais adiante, quando discorrermos sobre a explicação racial para a virada punitiva.

²⁵⁹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 31.

No clima de revanche social e racial que se instalou depois da reeleição de Nixon em 1972, em resposta aos avanços do movimento negro e às reivindicações populares nascidas em sua esteira, a prisão retorna ao primeiro plano, pois ela se oferece como um meio simples e direto de restaurar a ordem – inseparavelmente econômica, moral e racial – e de eliminar todos os tipos de “problemas sociais” que a visão dominante percebe e faz aparecer como resultante da “liberalização” dos *sixties*: droga, violência, errância, contestação da hegemonia branca, desagregação familiar e social do gueto, desesperança dos jovens dos bairros pobres em relação a escolas públicas em abandono e a um mercado de trabalho que se degrada continuamente.²⁶⁰

Assim, o encarceramento, dentro de um cenário de retração do Estado-providência e da precarização do salariado, reafirma seu papel de remediador da insegurança social.

A explicação de Wacquant para a virada punitiva, contudo, não está isenta de críticas.

Para Frances Piven, o modelo proposto não é convincente, pois despreza a continuidade de diversas políticas do fordismo e compreende de maneira equivocada a superlotação carcerária como funcional ao neoliberalismo: “Wacquant teria passado por cima do fato de que as políticas para os pobres nos Estados Unidos nunca deixaram de ser subdesenvolvidas, com critérios de elegibilidade que não nascem propriamente de um novo sistema”²⁶¹.

Já para Margit Mayer, a identidade entre ex-beneficiários dos programas sociais e os novos ocupantes das prisões norte-americanas, defendida por Wacquant, não se justifica, tendo em vista que, primeiramente, o autor nunca discriminou suficientemente o grupo em si (ora parte do subproletariado, ora o conjunto de desempregados, jovens e pessoas em situação de rua); ademais, estes últimos grupos raramente eram contemplados por programas *workfare* e, “enquanto aproximadamente 90% dos membros dos programas de auxílio eram mulheres, 93% dos presos eram homens”²⁶².

John Pratt, a seu turno, critica a ideia apregoada por Wacquant de que os Estados Unidos possam servir como exemplo do grande encarceramento para o resto do mundo, na medida em que, em verdade, o Estado penal norte-americano já estava em crescimento mesmo antes do neoliberalismo, eis que haveria grande ingerência na esfera penal pelos governos estaduais, que não evitavam pleitos populistas e a correspondente fragilidade dos mecanismos de auxílio social, lembrando que o *welfare* liberal norte-americano era bem diferente do social-democrata, praticado na Europa continental²⁶³.

²⁶⁰ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 79.

²⁶¹ Cf. Frances Piven (apud SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 34).

²⁶² Cf. Margit Mayer (apud SEMER, op. cit.).

²⁶³ Cf. John Pratt (apud SEMER, op. cit., p. 34-35). A noção de cidadania norte-americana também é muito diferente da europeia. Enquanto a primeira dá maior relevância à ideia de igualdade legal e política, entendendo

Contudo, conforme as lições de Marcelo Semer, apesar das diversas críticas ao trabalho de Wacquant, “fato é que o impacto do neoliberalismo na estruturação do poder (inclusive penal) continua sendo um dos objetos prioritários de estudos”²⁶⁴.

2.1.1.3 A explicação institucional de Jonathan Simon

Jonathan Simon, em *O Governo através do Crime*, ao tratar da virada punitiva, não busca explicar o porquê, mas como tal fenômeno operou, sendo que a sua principal contribuição é a “descrição do espraiamento da lógica do crime na sociedade norte-americana e o enorme estrago provocado em suas balizas democráticas”²⁶⁵.

Há uma diferença entre “governar o crime” e “governar através do crime”, sendo que esta última é menos democrática e não traz mais segurança, mas reforça a cultura do medo, bem como transforma o *welfare state* em *penal state*²⁶⁶, no qual o encarceramento é uma alternativa ao emprego e uma forma de neutralizar a massa populacional desnecessária ao mercado de consumo, começando pelos *outsiders*.

O marco legislativo da virada punitiva, conforme aponta o autor, foi a aprovação da *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, de 1968, que reuniu diversas medidas que possibilitaram a persecução da nova agenda política do crime. A lei foi aprovada por um governo democrata com maioria parlamentar, de modo que o governo através do crime foi uma ideologia política contemporânea tanto de esquerda quando de direita²⁶⁷.

A análise de Simon não afasta as causas econômicas, tratadas no tópico anterior, de modo que a inviabilidade da manutenção no *New Deal*, devido à crise econômica e aos problemas sociais e raciais não resolvidos, fez com que a guerra contra a pobreza fosse substituída pela guerra contra o crime²⁶⁸.

que a igualdade social tem a ver com a ideia de meritocracia, devendo ser conquistada por trabalho duro (o “*american way*”), e que não há, portanto, um direito de cidadania; a segunda entende que a cidadania social é tão importante quanto as cidadanias legal e política (YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 44-45).

²⁶⁴ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 35.

²⁶⁵ Ibidem, p. 37.

²⁶⁶ SIMON, Jonathan. **Governing through crime**. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 5.

²⁶⁷ SEMER, op. cit., p. 39. O estopim para a aprovação da lei teria sido o aparente crescimento da violência nos crimes de rua, que foi aprovado de maneira indevida para conectar pejorativamente a violência com os protestos antiguerra e por direitos civis na década de 1960 (Ibidem).

²⁶⁸ SIMON, op. cit., p. 38. A guerra às drogas ganha um espaço central no modelo, tendo sido a forma pela qual a competência federal se espraiou pelas ruas; do mesmo modo, a guerra ao terror encontra guarida, internacionalizando a governança através do crime (Ibidem, p. 39-40).

O seu estudo dá bastante relevância ao governo pelo medo, que é causa mais relevante do que as próprias estatísticas, em que pese o autor não desprezar o papel do incremento da criminalidade. A lógica do medo, outrossim, ao centralizar a figura da vítima como a principal referência da política norte-americana, produz consequências desastrosas²⁶⁹.

A principal dessas consequências é justamente o encarceramento massivo – e a indissociável seletividade penal:

Desde o Safe Street Act de 1968, a legislação enfatizou a lealdade para com a vítima e neste paradigma a prisão sempre prevalece porque só ela traz a ilusão da total segurança à vítima e a completa privação do ofensor.²⁷⁰

2.1.1.4 A explicação racial de Michelle Alexander

Conforme trecho do documentário intitulado “13ª emenda”, “por toda a história americana, negros foram controlados por sistemas de controle racial e social que parecem morrer, mas que na verdade só mudam de forma”²⁷¹.

Nesse sentido, Michelle Alexander entende que “o sistema de encarceramento em massa atual funciona, sobretudo, como uma forma de controle racial, tal qual o Jim Crow, que havia sucedido o regime escravagista”²⁷².

De fato, no caso dos Estados Unidos, as medidas de controle racial são, cronologicamente, a escravidão (abolida pela 13ª emenda da Constituição norte-americana, em 1864), leis de Jim Crow, de segregação racial (que vigoraram entre 1876 e 1965 e foram revogadas pelo *Civil Rights Act*, no governo de John F. Kennedy) e, por fim, o encarceramento em massa, que é o instrumento que continua a ser utilizado até hoje.

Alexander entende que a “guerra às drogas” inaugurou uma era de punitivismo sem precedentes e se tornou o principal instrumento de reprodução das desigualdades raciais²⁷³. Assim, em duas décadas, entre 1980 e 2000, o número de pessoas presas nos Estados Unidos

²⁶⁹ SIMON, Jonathan. **Governing through crime**. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

²⁷⁰ Ibidem, p. 40.

²⁷¹ Cf. 13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Los Angeles: Kandoo Films, 2016. Netflix (100 min).

²⁷² SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 41.

²⁷³ ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 111.

saltou de mais ou menos 300 mil para 2 milhões, sendo que, no mesmo período, a população carcerária ligada aos crimes de drogas cresceu mais de 1000%²⁷⁴.

Apesar de a “guerra às drogas”, lançada na década de 1980 como parte de uma política de “lei e ordem”²⁷⁵ instituída pelo governo Nixon e aprimorada pelo governo Reagan, ter tido como “inimigo” declarado o traficante, a taxa de encarceramento de negros e latinos dobrou em dez anos, sendo certo que a probabilidade de que um americano negro seja preso excede 28%, em comparação com 16% para um latino e 4,4% para um homem branco²⁷⁶.

Destarte, demonstra Alexander que, não obstante a maioria dos usuários e traficantes de drogas ilegais nos Estados Unidos sejam brancos, três quartos de todas as pessoas presas por crimes relacionados às drogas são negras ou latinas²⁷⁷. Portanto, “o viés racial inerente na guerra às drogas é a maior razão para que 1 em cada 14 negros estivessem atrás das grades em 2006, comparada com 1 em cada 106 homens brancos”²⁷⁸. Todas essas estatísticas levam a crer que o inimigo real continua a ser o negro, seguido pelos latinos.

Para exemplificar a relação entre a guerra às drogas e o encarceramento massivo de negros, temos que nos Estados Unidos a pena prevista ao traficante de *crack* (substância entorpecente voltada à população pobre que vive nos guetos, que em sua grande maioria são compostos por negros e latinos) era muito mais elevada quando comparada àquela prevista ao traficante de cocaína (substância entorpecente comercializada em bairros nobres, voltada à população mais abastada economicamente). Assim, a punição para a apreensão de trinta gramas de *crack* era a mesma conferida para a de três quilos de cocaína²⁷⁹.

²⁷⁴ ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017; Cf. Michelle Alexander (apud SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 41).

²⁷⁵ Para Michelle Alexander, o início do movimento de “lei e ordem” é atribuído “à reação, de base sulista e conservadora, ao movimento reivindicatório dos direitos civis; uma resposta, sobretudo, de recorte racial” (apud SEMER, op. cit., p. 41).

²⁷⁶ WACQUANT, Loïc. “Suitable enemies”: foreigners and immigrants in the prisons of Europe. **Punishment & Society**, n. 1, 1999. Conforme Wacquant, se os negros se tornaram os principais “clientes” do sistema penitenciário dos Estados Unidos, não é por causa de alguma propensão especial que essa comunidade teria por crime e desvio, mas porque ela fica no ponto de interseção de três forças que, juntas, determinam e alimentam o regime sem precedentes de encarceramento em massa norte-americano. Essas três forças são: a) a dualização do mercado de trabalho e a generalização do emprego precário e subemprego; b) o desmantelamento de programas de assistência pública para os membros mais vulneráveis da sociedade; c) a crise do gueto como instrumento de controle e confinamento de uma população estigmatizada considerada estranha ao organismo nacional e ao mesmo tempo supranumerária econômica e politicamente (Ibidem).

²⁷⁷ ALEXANDER, op. cit., p. 157.

²⁷⁸ SEMER, op. cit., p. 42.

²⁷⁹ 13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Los Angeles: Kandoo Films, 2016. Netflix (100 min). Essa lei que previa penas desproporcionais entre os traficantes de crack e de cocaína foi alterada em 2010, e no dia 18 de dezembro de 2018, o Senado dos Estados Unidos aprovou, com apoio do então presidente Donald Trump, um projeto de lei (*First Step Act*) para a diminuição de sentenças prisionais no país de forma abrangente, o que permite a revisão de sentenças de condenados por tráfico de drogas antes de 2010. (Cf. LEITE, Paula. Senado dos EUA aprova reforma para reduzir sentenças prisionais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 dez. 2018. Disponível em:

Nesse contexto, não podemos falar em neutralidade racial.

Finalmente, é interessante constataremos uma inversão do papel do negro. Se na escravidão o negro era a vítima, no encarceramento massivo passa a ser o criminoso, por livre escolha²⁸⁰.

2.1.2 Importação pelos países periféricos

Conforme mencionamos no início deste capítulo, o processo de reencarceramento ocorreu no mesmo período em quase todo o globo, fato que nos faz questionar a existência de causas exógenas determinantes nos contextos nacionais isolados.

Sem especificar quais causas são essas, por tratar-se de fenômeno extremamente complexo, Massimo Pavarini ressalta que elas certamente estão enraizadas no ponto de vista dominante sobre a penalidade, sendo elementos por meio dos quais os países hegemônicos constroem, impõem e difundem, universalmente, “uma nova filosofia moral, um determinado ponto de vista sobre o bem e sobre o mal, sobre o lícito e sobre o ilícito, sobre o que merece inclusão ou exclusão”²⁸¹.

O autor dá exemplos do processo de difusão e expansão de práticas e ideologias penais e de controle social a partir do ponto de vista dominante, ou seja, dos países hegemônicos.

Assim, o surgimento da prisão moderna, estudado no primeiro capítulo, é um bom exemplo desse processo, já que, por ser fruto das primeiras economias capitalistas, e estar profundamente vinculado à lógica do capital, em pouco tempo se espalhou por todo o mundo. Sobre esse ponto, pontua Salo de Carvalho que:

[...] se nos países centrais a reinvenção da prisão adquire funções instrumentais na nova lógica do capitalismo contemporâneo pós Welfare State, o seu revigoramento adquirirá potência em grau superlativo nos países periféricos. Na margem, como é notório, as conquistas do Estado Social foram mero simulacro e, no que tange especificamente à dimensão do penal, os modelos correccionalistas foram implementados apenas formalmente. Em termos punitivos, o retribucionismo nunca foi abandonado, apesar de reingressar na atualidade com força máxima em face da nova legitimação (científica e política) advinda das agências centrais de controle, obtendo impacto substantivo nos índices de encarceramento.²⁸²

<<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/senado-dos-eua-aprova-reforma-para-reduzir-sentencas-prisionais.shtml>>. Acesso em: 13 jun. 2021).

²⁸⁰ Cf. Michelle Alexander (apud SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 42).

²⁸¹ PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 310-312.

²⁸² CARVALHO, Salo de. Substitutos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 361.

Outro exemplo apontado por Pavarini é a moda das penas alternativas ao cárcere que, ainda que fortemente dependentes da adoção, em alguns contextos nacionais ocidentais, de políticas de *welfare*, espalhou-se por toda a parte, inclusive em países que nunca vivenciaram um Estado de bem-estar social²⁸³.

Apesar de os países periféricos da América Latina se encontrarem dentro do contexto da injustiça social gerada em nível internacional como resultado da divisão internacional do trabalho, e por isso possuírem características próprias que se manifestam em seu controle social e, portanto, também em seus sistemas penais, é certo que tais países, ao explicarem tais fenômenos, tangenciam tais características que lhes são particulares, importando ideologias dos países centrais de forma massiva²⁸⁴.

Segundo as lições de Zaffaroni:

[...] o saber das fábricas ideológicas centrais, ao transnacionalizar-se, torna-se disfuncional para o exercício do poder dos sistemas penais marginais, restando, como único caminho para que suas agências escamoteiem seu poder, a desinformação teórica.²⁸⁵

Acerca do grau de coerência na importação progressiva do ponto de vista dominante sobre a penalidade e o controle social, percebemos que é bastante diferenciado em contextos culturais distantes e não homogêneos. Para alguns, a importação é imediata; para outros, é especialmente confusa, “mas sempre, no final, esse ponto de vista dominante externo conquista um espaço de efetividade e visibilidade próprio, ainda que junto com outros”²⁸⁶.

Pontua André Nascimento, que embora o Brasil ainda não vivencie os fenômenos da pós-modernidade, na mesma intensidade e vigor com que ocorrem nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, costuma reproduzir fenômenos nefastos alienígenas, dada a sua posição marginal e dependente na ordem capitalista mundial²⁸⁷.

²⁸³ PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 310-311.

²⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 63-64.

²⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 35.

²⁸⁶ PAVARINI, op. cit., p. 312.

²⁸⁷ NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 9.

Contudo, “a reprodução das práticas e políticas (e de suas contradições) dos países centrais nas sociedades latino-americanas tem o inconveniente de gerar processos cujos resultados frequentemente são imprevisíveis”²⁸⁸.

Não obstante a aludida tendência mundial ao aumento nas taxas de encarceramento, Pavarini salienta que, à exceção dos Estados Unidos, tal aumento caracterizou, principalmente, os países em via de desenvolvimento, o que ocorre por meio do processo de “americanização da periferia”²⁸⁹. Nesse sentido, adverte Nascimento que, “quem almeja entender por que o Brasil possui cada vez mais pessoas presas encontrará no exemplo dos EUA, o país que proporcionalmente mais encarcera seres humanos no planeta, similitudes perturbadoras”²⁹⁰.

Em suma, o princípio da soberania nacional nunca foi empecilho à imposição cultural do ponto de vista dominante sobre a penalidade.

Partindo-se dessas premissas, passemos à análise da adequação dos modelos explicativos da virada punitiva (e do encarceramento massivo) à realidade brasileira.

2.1.3 A realidade brasileira

Conforme observa Marcelo Semer, não restam dúvidas de que a virada punitiva alcançou o Brasil em cheio²⁹¹, tendo como principal consequência o encarceramento massivo, especialmente a partir da década de 1990.

Os dados sobre encarceramento no Brasil, contudo, apenas passaram a ter periodicidade a partir do início deste milênio, sendo que o órgão competente para receber, unificar e divulgar os números sobre o sistema carcerário nacional é o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vinculado ao Ministério da Justiça; antes disso, não havia integralização, de modo que o controle do número de presos era feito pelos estados²⁹². O último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) ocorreu somente em junho de 2020. Percebemos, assim, que “a ausência ou desatualização dos dados são ainda o principal obstáculo enfrentado pelos pesquisadores da execução da pena privativa de liberdade no país”²⁹³.

²⁸⁸ NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

²⁸⁹ PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 310-311.

²⁹⁰ NASCIMENTO, op. cit., p. 7.

²⁹¹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 50.

²⁹² CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36-37.

²⁹³ AMARAL, Cláudio do Prado; BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Os custos da prisionalização no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 287, out. 2016, p. 2.

Contudo, apesar da insuficiência de dados oficiais, é possível traçar um panorama do fenômeno do encarceramento em massa em solo nacional.

Conforme o Monitor da Violência, elaborado pelo jornal eletrônico G1, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil possuía, em maio de 2021, 746.800 presos, levando-se em conta a população carcerária em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto, aberto, os presos provisórios, em tratamento ambulatorial e em medida de segurança. Se considerarmos apenas os presos provisórios e os definitivos nos regimes semiabertos e fechado, o número é 682.100. Do total, 31,9% são presos provisórios. Ademais, tendo em vista que há 440.500 vagas, há um déficit de vagas de 241.000, de modo que as prisões estão operando 56,1% acima da capacidade²⁹⁴.

Em números absolutos, o Brasil ultrapassou a Rússia e hoje ocupa a terceira colocação no ranking dos países que mais encarceram no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

Quanto ao histórico do encarceramento em massa brasileiro, houve o impressionante crescimento de 575% da população prisional brasileira entre 1990 e 2014, enquanto a população em geral, no mesmo período, cresceu cerca de 38%²⁹⁵. Conforme aponta o ex-diretor do DEPEN, Renato de Vito, o “Brasil tem registrado nos últimos 30 anos um aumento expressivo, da ordem de 5% a 10% ao ano, da população prisional sem que isso impacte a incidência criminal”²⁹⁶.

É certo, entretanto, que durante a pandemia do coronavírus houve, pela primeira vez, uma quebra na tendência de aumento do número absoluto de presos, na medida em que, de fevereiro de 2020 a maio de 2021, o número de pessoas presas caiu (antes eram 709.200 presos) e a superlotação reduziu de 67,5% para 54,9%, com a criação de 17.141 vagas²⁹⁷.

²⁹⁴ MONITOR DA VIOLÊNCIA. População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. **G1**, 17 maio 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 16 jun. 2021. Conforme o Infopen, do período de janeiro a junho de 2020, havia 702.069 presos no Brasil, considerando a população carcerária em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto, aberto, os presos provisórios, em tratamento ambulatorial e em medida de segurança. Do total, 29,81% eram presos provisórios.

²⁹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) – Dezembro 2014**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 17 maio 2014.

²⁹⁶ MONITOR DA VIOLÊNCIA, op. cit.

²⁹⁷ Ibidem. Os motivos para essa aparente marcha a ré na tendência brasileira do encarceramento, contudo, ainda dependerão de maior aprofundamento analítico, que certamente envolverá os possíveis impactos da pandemia na esfera criminal. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública demonstra, por exemplo, que houve redução, em relação ao primeiro semestre de 2020, nos registros de crimes patrimoniais, considerando a soma de todos os tipos de roubos, da ordem de 23,8% em relação ao mesmo período de 2019, enquanto os registros estaduais dão conta

De qualquer modo, as taxas de aprisionamento, que levam em conta o número de presos por 100.000 habitantes cresceram exponencialmente: em 1994, eram de 87,87; uma década depois, mais que dobraram, chegando a 185,24. Em 2021, a taxa é de 322, colocando o Brasil na 26ª colocação dos países com as maiores taxas de encarceramento²⁹⁸.

Antes de adentrarmos na adequação (ou não) dos modelos explicativos da virada punitiva à realidade brasileira, cumpre tecermos algumas observações quanto ao encarceramento no estado de São Paulo, que possui cerca de um terço de toda a população carcerária do Brasil, e que mais nos interessa neste estudo, pois é o território de atuação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NESC/DPESP), que analisamos no capítulo final.

2.1.3.1 O (mau) exemplo paulista

Conforme salienta Camila Dias, os números do encarceramento a nível nacional só não são mais alarmantes quando comparados com os números do estado de São Paulo, que tem sido referência nacional em termos de investimento no sistema carcerário²⁹⁹.

Assim, por exemplo, se em 1988 a taxa de aprisionamento para cada 100.000 habitantes era de 51, praticamente dobrou em quatro anos e triplicou em doze anos, subindo para 94,4 em 1992 e 149,2 em 2000, chegando à cifra de 418,18 em 2010³⁰⁰. No começo de 2019, São Paulo possuía uma taxa de aprisionamento 52% acima da média nacional, equivalente a 536,5 presos a cada 100.000 habitantes, enquanto a taxa nacional era de 352,5³⁰¹. É fato que, após o início da pandemia do coronavírus, tal como ocorreu a nível nacional, houve uma redução da população

de que a redução do tráfico de entorpecentes foi de 9,4%. Por outro lado, precisamos levar em conta o real cumprimento da Recomendação nº 62, do Conselho Nacional de Justiça (MONITOR DA VIOLÊNCIA. Mesmo com redução da população carcerária, situação nos presídios escancara necessidade de reforma estrutural urgente. **G1**, 17 maio 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/mesmo-com-reducao-da-populacao-carceraria-situacao-nos-presidios-escancara-necessidade-de-reforma-estrutural-urgente.ghtml>>. Acesso em: 16 jun. 2021).

²⁹⁸ Os Estados Unidos, além de liderar o ranking de números absolutos, também lidera, com folga, o ranking de taxa de aprisionamento (639 presos a cada 100 mil habitantes) (Idem. Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo. **G1**, 17 maio 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 16 jun. 2021).

²⁹⁹ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 104.

³⁰⁰ Ibidem, p. 104.

³⁰¹ GUIMARÃES, Juca. Com taxa de aprisionamento 52% acima da média, São Paulo estuda privatizar cadeias. **Brasil de Fato**, São Paulo, 17 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/01/17/com-taxa-de-aprisionamento-52-acima-da-media-sao-paulo-estuda-privatizar-cadeias>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

carcerária, e consequentemente da taxa paulista de aprisionamento, de modo que, em setembro de 2020, a população carcerária diminuiu para 216.000 e a taxa acompanhou a queda, chegando a 483,87 a cada 100.000 habitantes, conforme informações prestadas pelo governo estadual³⁰².

Desse modo, percebemos que, se o Brasil é o 26º país em número de presos por habitantes, a média paulista tem sido superior à do país há décadas. Ora, é certo que “o crescimento físico do sistema prisional impulsiona o crescimento do encarceramento”³⁰³.

Assim, apenas nos últimos 15 anos foram inauguradas 112 unidades prisionais em solo bandeirante, o que equivale a 62,9% de todas as 178 unidades prisionais do estado, compostas por 15 centros de progressão penitenciária (CPPs), 49 centros de detenção provisória (CDPs), 22 centros de ressocialização (CRs), 1 unidade de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), 88 penitenciárias e 3 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs). Destarte, estão sendo construídos mais 4 CDPs e 1 penitenciária feminina³⁰⁴.

Contudo, “a expansão sem precedentes do sistema carcerário paulista não foi acompanhada do investimento na infraestrutura dos estabelecimentos e muito menos nos números e na qualificação de seus funcionários”³⁰⁵. Nesse sentido, se a proporção de agentes prisionais por preso era de 1 para 2,17 em 1994, passa a ser de 2 para 4,99 em 2006³⁰⁶; considerando somente os agentes penitenciários, a proporção é ainda maior, com 1 agente para 7,3 presos em 2010³⁰⁷.

Algumas características do modelo paulista de encarceramento merecem destaque, quais sejam, a interiorização e a gestão compartilhada.

Conforme as lições de Rafael Godoi, em que pese a construção de prisões em locais afastados dos grandes centros urbanos não ser uma novidade dentro do desenvolvimento

³⁰² PAGNAN, Rogério. Sistema prisional de SP tem a menor população carcerária em sete anos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 set. 2020. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/sistema-prisional-de-sp-tem-a-menor-populacao-carceraria-em-sete-anos.shtml#:~:text=O%20sistema%20prisional%20de%20S%C3%A3o,\(PSDB\)%20obtidos%20pela%20Folha](https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/sistema-prisional-de-sp-tem-a-menor-populacao-carceraria-em-sete-anos.shtml#:~:text=O%20sistema%20prisional%20de%20S%C3%A3o,(PSDB)%20obtidos%20pela%20Folha)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁰³ MELO, Felipe Athayde Lins de; SILVESTRE, Giane. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 293, p. 8-10, abr. 2017, p. 8.

³⁰⁴ Esses dados podem ser consultados no mapa interativo disponível no sítio eletrônico <<http://www.sap.sp.gov.br>> da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), que foi criada em 1993.

³⁰⁵ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 105.

³⁰⁶ Cf. Adorno e Salla (apud DIAS, op. cit., p. 104).

³⁰⁷ Ibidem.

histórico das instituições punitivas, o processo de interiorização do parque penitenciário paulista é um fenômeno particular e recente³⁰⁸.

É incontestável que o projeto de expansão do sistema prisional, com a construção de diversas prisões, sobretudo no interior do estado, em um contexto de aumento dos índices de criminalidade e crise financeira, no decorrer da década de 1990, foi impulsionado por dois acontecimentos: o massacre na Casa de Detenção do Carandiru na capital, em 1992, que culminou na morte de 111 detentos e no surgimento do Primeiro Comando da Capital (PCC), que ocorreu no anexo da Casa de Custódia de Taubaté, em 1993³⁰⁹.

Quanto ao massacre do Carandiru, é certo que colocou o problema prisional no centro dos debates políticos, o que levou à desativação da maior unidade prisional do estado na agenda governamental – a Casa de Detenção de São Paulo, antes abarrotada com quase o dobro da capacidade de presos. Assim, em 1996, o governo paulista assumiu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos, o compromisso de desativar a unidade, o que foi feito somente em setembro de 2002. Para o processo de desocupação, foram construídas 11 novas prisões, em 9 cidades do interior³¹⁰.

Assim, em 2015, o interior mais longínquo era responsável por 50,71% da capacidade e por 44,78% da população carcerária. Pelos dados constantes no sítio eletrônico da Secretaria da Administração Penitenciária, constatamos que existem dois circuitos penitenciários bem delineados: enquanto na região metropolitana há um circuito de centros de detenção provisórias; no interior do estado há um circuito de penitenciárias³¹¹.

Notamos, no que tange ao processo de expansão interiorizada do parque penitenciário no estado de São Paulo, que ele:

[...] coloca em evidência a alocação espacial das unidades e da população carcerária como um expediente estratégico no atual regime de gestão prisional. A concentração de CDPs e presos provisórios em áreas mais urbanizadas indica que a prisão é cada vez mais acionada como um instrumento de promoção da ordem pública nas cidades – porque funciona retirando do espaço urbano, imediatamente, um estoque crescente de acusados, suspeitos e outros indesejáveis (FAUGERON; LE BOULAIRE, 1992; ITTC; PASTORAL CARCERÁRIA, 2012). A pulverização, pelo interior mais distante, de penitenciárias de regime fechado e de presos condenados, por sua vez, revela que a prisão, em suas funções propriamente punitivas, vem operando como um

³⁰⁸ GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 2015. 246f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 145; 148.

³⁰⁹ Ibidem, p. 148-149. O Massacre do Carandiru é, de certo modo, a origem do próprio PCC, tendo em vista que o seu primeiro estatuto traz explicitamente o massacre como um divisor de águas nas políticas do crime, sendo uma das justificativas centrais de sua fundação (FELTRAN, Gabriel. **Uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018).

³¹⁰ GODOI, op. cit., p. 149-150.

³¹¹ Ibidem, p. 122; 140.

mecanismo que visa a intensificar a segregação e o isolamento de amplas camadas populacionais (GÓES; MAKINO, 2002). Tanto de um lado como de outro, a gestão prisional paulista se estrutura e funciona segundo uma racionalidade, exclusivamente, securitária.³¹²

Ironicamente, a dispersão das unidades prisionais pelo interior acabou ajudando o fortalecimento de facções criminosas, principalmente do PCC, que hoje se nacionalizou e é hegemônico no controle das prisões paulistas³¹³, alcançando cerca de 90% das unidades³¹⁴; outros fatores também contribuíram nesse processo, como a falta de tratamento penitenciário adequado ao crescente número de pessoas presas e de unidades prisionais.

A história do PCC é comumente dividida em três fases.

A primeira vai da fundação, em 1993, no anexo da Casa de Custódia de Taubaté, até a primeira megarrebelião, em 2001, caracterizada pela extrema violência e pelo simbolismo presente nas ações do grupo³¹⁵. Nesse período, o PCC constrói, por meio de uma violenta expansão, sua hegemonia dentro das prisões paulistas³¹⁶.

A segunda fase, que se estende de 2001 a 2006, é de disseminação e repressão, sendo caracterizada “pela visibilidade da organização e a ampliação de seu domínio, assim como pelas ações do Estado com o objetivo de promover sua desarticulação, após quase uma década de completa indiferença em relação a sua existência”³¹⁷.

Quanto à disseminação, o PCC se torna não apenas uma figura importante no tráfico de substâncias entorpecentes e outros mercados ilegais, como também uma instância reguladora de ilegalismos urbanos, com ampla capacidade de mediar conflitos, sendo esse um fator determinante para a acentuada redução da taxa de homicídios naquele período³¹⁸.

³¹² GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 2015. 246f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 161.

³¹³ MELO, Felipe Athayde Lins de; SILVESTRE, Giane. **Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº 293, abr. 2017, p. 9. A pulverização do PCC pelos presídios paulistas foi facilitada pela corriqueira prática de transferências e isolamentos de presos considerados de alta periculosidade ou vistos como lideranças do PCC, que pretendia enfraquecer a organização criminosa. Ainda, disputas entre o PCC e o Comando Vermelho (CV) são frequentes, tendo em vista que ambas as facções disputam o apoio de grupos locais surgidos principalmente no Norte e no Nordeste do país, culminando na chamada “guerra de facções” (Ibidem).

³¹⁴ Cf. SALLA; DIAS apud GODOI, op. cit., p. 67. A hegemonia do PCC no sistema penitenciário paulista faz com que as unidades prisionais, sejam repartidas entre favoráveis ou de oposição ao PCC (Cf. MARQUES apud GODOI, op. cit.).

³¹⁵ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 166.

³¹⁶ GODOI, op. cit., p. 68.

³¹⁷ DIAS, op. cit. 172.

³¹⁸ Cf. Telles; Hirata; Feltran; Biondi apud GODOI, op. cit., p. 69.

Já no que tange às principais respostas repressivas estatais no período, são elas a criação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e do Grupo de Intervenção Rápida (GIR) e a atuação extralegal do Grupo de Repressão e Análise dos Delitos de Intolerância (GRADI), que, por meio de “escutas ilegais, infiltrações e emboscadas, prendeu e executou diversas pessoas relacionadas ao PCC”³¹⁹.

Finalmente, a terceira fase, de 2006 até os dias atuais, sela as relações entre o PCC e o Estado, de modo que “as rebeliões se tornam mais raras, o RDD é menos utilizado, a hegemonia da facção dentro e fora das prisões não é questionada, e o Estado continua a prender e a construir prisões”³²⁰.

Quanto à gestão compartilhada intramuros, não é exagero dizer que “as prisões de São Paulo são administradas de forma compartilhada entre o Estado e o grupo criminal”³²¹. De fato, as ações de compartilhamento de gestão constituem uma das principais estratégias utilizadas para garantir um “equilíbrio” na rotina carcerária (segundo relatos de diretores de estabelecimentos prisionais, as cadeias a favor do PCC são mais facilmente administradas em decorrência da presença de lideranças locais)³²².

Em suma:

No interior das prisões temos as ausências de ambientes para execução das assistências, de serviços sociais básicos previstos em lei, de equipes técnicas e de políticas públicas. Estas ausências, no dia a dia, serão operadas ostensivamente por meio da criação de privilégios, de modo que poucas pessoas conseguem acesso a tudo aquilo que é restrito, e essa gestão dos privilégios também será operada, no dia a dia, pelo PCC, que cumpre a função de regular as relações nos ambientes de convívio, ao passo que o Estado se beneficia exatamente desta “ordem” que é regulada pelos grupos criminais.³²³

Ante o exposto, é certo que São Paulo é o exemplo a não ser seguido pelo resto do país no que tange às políticas públicas voltadas ao encarceramento massivo, “focalizado em acusados por crimes patrimoniais e drogas, jovens, homens e oriundos das periferias urbanas”³²⁴, que acabam aderindo às facções criminais ao ingressarem nos estabelecimentos prisionais, em um ciclo vicioso de perpetuação da violência.

³¹⁹ Cf. ALVAREZ; SALLA; DIAS apud GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 2015. 246f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 68.

³²⁰ Ibidem, p. 69.

³²¹ MELO, Felipe Athayde Lins de; SILVESTRE, Giane. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 293, p. 8-10, abr. 2017, p. 9

³²² MELO, Felipe Athayde Lins de; SILVESTRE, Giane; SINHORETTO, Jacqueline. O encarceramento em massa em São Paulo. **Tempo Social**, v. 25, 2013, p. 88.

³²³ MELO; SILVESTRE, op. cit.

³²⁴ MELO; SILVESTRE; SINHORETTO, p. 82.

2.1.3.2 Da adequação dos modelos explicativos dos países hegemônicos

Iniciamos o presente capítulo trazendo apontamentos sobre o pós-moderno fenômeno global do encarceramento em massa e sobre os principais modelos explicativos dos países hegemônicos do Norte Global para a virada punitiva que abriu as portas para o encarceramento massivo (e seletivo).

Em um segundo momento, fizemos algumas ponderações de como costumam ocorrer as importações, pelos países periféricos (a exemplo do Brasil), de práticas e ideologias penais e de controle social a partir do ponto de vista dominante, para somente após, tecermos considerações sobre o encarceramento em massa no Brasil e no estado de São Paulo que, além de concentrar cerca de um terço da população carcerária nacional, é o território de atuação do NESC/DPESP, objeto secundário de análise deste trabalho.

Feitas essas considerações iniciais, a análise da adequação (ou não) dos modelos explicativos à realidade brasileira se torna mais fluida, então passemos finalmente a ela.

David Garland, como vimos, traz um catálogo dos sinais de mudança (em grande parte também elencadas por Loïc Wacquant), que indicavam um giro punitivo, sinais esses sentidos a partir da década de 1970 pelos Estados Unidos e pela Grã-Bretanha. Conforme observamos adiante, o processo que hoje ocorre no Brasil “é semelhante ao que se encontra em estágio avançado na Grã-Bretanha e, principalmente, nos EUA”³²⁵.

Algumas considerações, contudo, devem ser feitas.

Quando esses autores falam em declínio do ideal de reabilitação, é preciso termos em vista que tanto nos Estados Unidos quanto na Grã-Bretanha houve efetivamente um previdenciarismo penal:

[...] que funcionou nestes dois países numa conjuntura singular, que envolvia uma forma peculiar de Estado, uma estrutura específica de relações de classe e um ambiente também específico de políticas econômicas e sociais, interagindo com o mercado de trabalho e as instituições do Welfare State.³²⁶

Assim, havia investimento em políticas públicas voltadas à aplicação da lógica correcionalista de reabilitação dos condenados.

³²⁵ NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 10.

³²⁶ Ibidem, p. 10.

O mesmo fenômeno, contudo, não ocorreu no Brasil, na medida em que, em solo nacional, “os esforços de reabilitação sempre foram promessas descumpridas”³²⁷, de modo que há no Brasil um correccionalismo “de fachada”, visto somente na legislação penal, “profundamente marcada pelo viés correccionalista e pela criminologia positiva”³²⁸, sem reverberar em investimentos em políticas públicas em favor de condenados e egressos.

Garland entende que esse previdenciário penal foi minado pela instalação de um neoconservadorismo que passou a revestir o debate político-criminal, facilmente visto pela eleição de governos bastante conservadores (Reagan e Thatcher), a partir das crises econômicas da primeira metade do século XX^{329 330}.

Entretanto, não há como atribuir apenas aos governos de direita e ao conservadorismo o incremento do Estado penal (com a correspondente diminuição do Estado social), haja vista que “foram justamente os governos de centro-esquerda em que mais abriram mecanismos para o crescimento do estado penal”³³¹.

O Brasil seguiu os mesmos trilhos, tendo em conta que, apesar dos avanços sociais, sobretudo no primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva, com a criação de diversos programas sociais, a exemplo do Bolsa-Família e do ProUni, é certo que os governos petistas se renderam ao populismo penal, aderindo a um movimento de hipertrofia do sistema punitivo, sendo que o momento de maior crescimento da população carcerária ocorreu justamente no governo Lula³³².

Isso demonstra que o hiperencarceramento no Brasil, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, não se dá quando os benefícios sociais são retraídos ou eliminados, mas quando são fortalecidos³³³.

Assim, o modelo explicativo de Wacquant, de emergência do neoliberalismo com a consequente retração do Estado social e o aumento do Estado penal não se adequa exatamente à realidade brasileira.

³²⁷ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 52.

³²⁸ NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 11. Nascimento indica a individualização da pena, a estrutura progressiva do cumprimento da pena e a normativa das medidas de segurança como bons exemplos desse viés correccionalista na lei penal brasileira.

³²⁹ Ibidem, p. 12.

³³⁰ SEMER, op. cit. p. 52

³³¹ Ibidem, p. 52.

³³² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: SOZZO, Máximo (Org.). **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017, p. 38; SEMER, op. cit., p. 51.

³³³ Cf. Gledhill (apud SEMER, op. cit., p. 51).

Importante salientar que a virada punitiva nos países periféricos, de industrialização tardia, também ocorre tardiamente, ao largo da década de 1990, sendo sobretudo a partir do governo de Fernando Affonso Collor de Mello, durante o processo de redemocratização, “que os traços mais pungentes do neoliberalismo aportaram por aqui com os estandartes da globalização”³³⁴. Assim, apesar do distanciamento entre o modelo explicativo neoliberal de Wacquant e a realidade brasileira, é inegável que “o neoliberalismo se casa de forma conveniente com o agigantamento do estado penal”³³⁵, sendo que tal casamento traz efeitos ainda mais nefastos aos países periféricos. A esse respeito, adverte Wacquant:

A penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século.³³⁶

Ao tratar mais especificamente do Brasil, o autor destaca a enorme desigualdade social e a pobreza de massa como fatores que, combinados, contribuem para o aumento da violência criminal; destarte, dá destaque à letalidade da polícia militar, a maior das Américas, como fruto de uma “tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar”³³⁷, ao racismo estrutural que baliza a atuação policial e judiciária, e ao selo do autoritarismo que permeia a cultura política brasileira, de modo que a importação de maus exemplos norte-americanos, como a limpeza policial das ruas e o aprisionamento massivo dos pobres, “só irá agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada”³³⁸.

Percebemos que a pós-modernidade brasileira é permeada por uma grave crise social, fruto de décadas de crescimento econômico baseado na concentração de renda; e o sistema penal passa a ocupar papel central na agenda política (e midiática), pois é visto como ineficiente diante de seu alargamento, ocasionado pela expansão da criminalização³³⁹.

Assim, tal como vimos em Garland e Wacquant, o populismo penal em solo brasileiro, com a disseminação de discursos alarmistas propagados pela mídia e pelos agentes de controle, encontra terreno fértil, e o aparato punitivo não para de crescer.

³³⁴ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019

³³⁵ Ibidem, p. 52.

³³⁶ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 9.

³³⁷ Ibidem, p. 11.

³³⁸ Ibidem, p. 14.

³³⁹ NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 18.

Portanto, aqui a punição de infrações de pouca gravidade, com o recrudescimento legislativo e judicial, também ganha relevo.

Acerca do recrudescimento legislativo, “é justamente a partir da redemocratização, que tem como um dos marcos a promulgação da Constituição da República de 1988, que o tratamento penal dos conflitos sociais começa a se tornar mais severo”³⁴⁰.

É importante frisar que, enquanto os países do Norte Global enfrentavam forte crise econômica que fomentou o surgimento do neoliberalismo; o Brasil vivia o “milagre econômico”, e a política criminal, no regime militar, pré-Constituição de 1988, restou adstrita à repressão aos seus dissidentes políticos, e ao inimigo interno: o comunista³⁴¹.

Ocorre que, como o comunista não possuía classe social ou etnias delimitadas, toda a sociedade civil foi tratada como inimiga na ditadura militar, sofrendo supressão de direitos em diversos graus³⁴². Nesse diapasão, a política criminal de exceção utilizada na repressão aos crimes políticos se enraizou nas práticas punitivas e repressivas da criminalidade comum³⁴³, apesar da estabilidade desta, no plano normativo (caracterizada pela preservação da estrutura penal e processual penal codificada com poucas alterações visando ao aumento de penas e a escassa criação de leis penais especiais e/ou complementares)³⁴⁴.

O texto constitucional de 1988, contudo, “trouxe inúmeras modificações na estrutura do direito penal e do processual penal que abriram espaço para o incremento do punitivismo que caracterizou a década de 90”³⁴⁵.

Assim, as normas constitucionais programáticas permitiram a ampliação das hipóteses de criminalização primária e o enrijecimento do modo de execução das penas que caracterizaram a produção legislativa ao largo da década de 1990, sendo que o maior exemplo dessa tendência legislativo-punitivista é a Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos)³⁴⁶. Nas lições de Salo de Carvalho, “a obstaculização do processo de desinstitucionalização progressiva

³⁴⁰ NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 12.

³⁴¹ Ibidem, p. 13; 15.

³⁴² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Segurança pública e medidas de exceção na democracia. In: PEREIRA, Claudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 354. Acerca do inimigo comunista, Serrano destaca que “basta uma visita aos arquivos do DOPS paulista, por exemplo, para constatar que “comunistas” eram os advogados, médicos, sociólogos, padres, jornalistas, estudantes e operários, ou seja, toda a população não fardada, em alguma dimensão, era tratada como inimiga” (Ibidem).

³⁴³ Em que pese a razoável estabilidade normativa, a atuação do sistema repressivo, principalmente as policiais e carcerárias, era guiada pela ideologia de segurança nacional (CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 32).

³⁴⁴ Ibidem.

³⁴⁵ Ibidem, p. 33.

³⁴⁶ Ibidem, p. 34.

na execução da pena estabelecida pela Lei dos Crimes Hediondos foi, inegavelmente, uma das principais causas do aumento da taxa de encarceramento no país”³⁴⁷.

Conforme vimos, no Brasil também ocorreu a “reinvenção” da prisão, que passa a ser, na prática forense, *prima ratio*, culminando no encarceramento em massa, pautado em um paradigma retributivo³⁴⁸. Salo de Carvalho ensina que, se nos países do norte a reinvenção da prisão serviu de instrumento ao neoliberalismo; nos países periféricos sua ressignificação adquirirá potência em grau máximo:

Em termos punitivos, portanto, nos países da América Latina os discursos penalógicos neorretribucionistas, de neutralização e de incapacitação ingressam com força máxima, legitimando cientificamente e politicamente a atuação genocida das agências de controle. Se na experiência punitiva latino-americana a pena nunca abandonou a função explícita de controle violento dos indivíduos e dos grupos perigosos e inconvenientes, mesmo sob a égide formal das reformas em direção ao correccionalismo, com o abandono das políticas penal-welfare e a ressignificação da prisão como mecanismo exclusivo de neutralização, a violência da aplicação do poder punitivo será densificada.³⁴⁹

Wacquant e Garland, como vimos, também trataram dos lucros com o encarceramento massivo, especialmente por meio da prática de privatização dos presídios. De fato, “o desmonte do Estado social produziu o Estado penal com sua criminalização da pobreza e o indefectível sistema de *full-scale management* das prisões, nos Estados Unidos e na Inglaterra”³⁵⁰.

Esse modelo de construção e administração plena dos estabelecimentos prisionais pela iniciativa privada não encontra amparo no Brasil. Contudo, em junho de 2019, já havia 32 unidades geridas pela iniciativa privada, em oito estados brasileiros, com delegação, pelo poder

³⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Apenas em 2006, por meio do julgamento do HC 82.959/06, pelo Pleno do STF, foi reconhecida a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que previa o cumprimento integral da pena em regime fechado, sem direito a progressão.

³⁴⁸ Um exemplo disso é a incorreta aplicação da Lei nº 12.403/11, que instituiu as medidas cautelares diversas da prisão, que tem como função inerente contribuir com o processo de desencarceramento. O IDDD, no relatório *Fim da Liberdade*, traz dados alarmantes quanto às decisões judiciais em audiências de custódia na capital de São Paulo entre os meses de abril a junho de 2018, quais sejam: 65% das decisões convertem a prisão em flagrante em prisão preventiva, 32% concedem liberdade provisória com cautelar; 2% são de relaxamento de prisões em flagrante, apenas 1% é de prisão domiciliar (em que pese o HC Coletivo nº 43.641/SP, no qual a 2ª Turma do STF determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas grávidas ou mães de crianças de até 12 anos de idade ou que tenham sob custódia pessoas com deficiência); e 0% de liberdade irrestrita, isto é, não cumulada com cautelar. Percebemos, portanto, que as medidas cautelares não são utilizadas apenas como alternativa à prisão, mas também como alternativas à liberdade. (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (Brasil) (Org.). **O fim da liberdade**: A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021).

³⁴⁹ CARVALHO, op. cit., p. 31.

³⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 468.

público, de atividades diversas, inclusive de segurança interna³⁵¹. Entretanto, se a execução da pena é extensão da atividade jurisdicional, que, a seu turno, é indelegável, é certo que a administração penitenciária também o é, de modo que a privatização do sistema penitenciário no Brasil é inconstitucional³⁵².

Já o modelo explicativo de Simon, de governança através do crime, explica muito mais o presente do que o passado da realidade brasileira, tendo em vista que “a submissão dos governos à pauta da segurança é claramente incorporada por aqui, com a agravante de nosso extenso legado autoritário”³⁵³. Em direção contrária, nos Estados Unidos notamos um certo esgotamento no ciclo da governança através do crime³⁵⁴.

Finalmente, a explicação dada por Alexander se adequa perfeitamente ao passado e ao presente brasileiros, que evidenciam a filtragem racial que permeia o processo de criminalização, em todos os níveis. Conforme salienta Marcelo Semer, tal explicação “põe destaque em duas constantes inafastáveis do panorama brasileiro: a centralidade da guerra às drogas e, por intermédio dela, o corte racial da persecução penal”³⁵⁵.

Conforme aponta Juliana Borges, ao tratar da relação entre raça e a chamada “guerra às drogas”, esta última é uma das principais causas do aumento exponencial do encarceramento brasileiro, servindo de instrumento de manutenção da reprodução das desigualdades raciais³⁵⁶.

Tal relação é facilmente perceptível ao analisarmos os números do encarceramento feminino: das mulheres presas, 62% respondem por crimes relacionados à Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas); enquanto em relação aos homens esse percentual cai para 27%. Destarte, a

³⁵¹ BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. Presídios Privados no Brasil. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Conforme a reportagem, apenas uma dessas unidades, em Ribeirão das Neves/MG, opera mediante parceria público-privada (PPP), na qual o contrato é de longa duração (30 anos), a construção do presídio e sua segurança interna são feitas pela empresa e a gestão é compartilhada entre os parceiros. O restante das unidades opera mediante cogestão de presídio já construído pelo estado, com delegação de alguns ou todos os serviços para a empresa, mas com a direção do presídio e chefias-chave nas mãos do poder público.

³⁵² ARAÚJO Jr., João Marcello (Org.). **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 14; 47-50. Um dos argumentos utilizados por quem defende a privatização dos presídios é o de que ela seria uma alternativa à falência do sistema carcerário e que melhoraria as condições de cumprimento de pena dos presos. Contudo, curiosamente, a morte de 56 presos, em Manaus, em 2017, ocorreu justamente em presídio gerido pela iniciativa privada (MENA, Fernanda. Matança em Manaus põe gestão privada de presídios em xeque. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1847469-matanca-em-manaus-poe-gestao-privada-de-presidios-em-xeque.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2021).

³⁵³ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 53. Semer ilustra essa tendência brasileira de governar através do crime apontando a importação de instrumentos norte-americanos que aumentam demasiadamente as competências do Ministério Público na esfera criminal, dando destaque aos institutos da delação premiada, *plea bargaining* e acordo de leniência (Ibidem, p. 54). Podemos citar também o recente instituto do acordo de não persecução penal (artigo 28-A, do Codex Processual Penal).

³⁵⁴ SEMER, op. cit.

³⁵⁵ Ibidem, p. 55.

³⁵⁶ BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro/Jandaíra, 2020, p. 101.

população carcerária feminina é a que mais cresce no Brasil, tendo em vista que, entre 2000 e 2014, houve um aumento em 567,4%, enquanto o aumento do contingente masculino foi de 220% e, não por acaso, 68% das mulheres encarceradas são negras³⁵⁷.

Borges aponta que a Lei nº 11.343/06, em que pese trazer uma distinção no tratamento entre usuários e traficantes, teve impacto direto no aumento abrupto de encarceramento que levou o Brasil ao posto de terceira maior população carcerária do mundo, pois a definição de quem deve ser enquadrado, na prática, como usuário ou traficante, é permeada por influências sociais, políticas, territoriais, raciais e de gênero; de modo que as mulheres negras, com uma pequena quantidade de drogas, são costumeiramente definidas como traficantes³⁵⁸.

Pelo exposto, temos que a configuração do fenômeno do encarceramento em massa no Brasil, para além de escancarar a ilegitimidade do sistema prisional, serve de pressuposto fático ao reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativo ao sistema carcerário brasileiro.

³⁵⁷ BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro/Jandaíra, 2020, p. 93-94; 101-102.

³⁵⁸ Ibidem, p. 102-103.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RELATIVO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

3.1 Estatuto jurídico do preso *versus* realidade carcerária brasileira

Como vimos, o poder punitivo atua de modo irracional e ilegítimo, sendo uma das manifestações mais significativas do Estado de polícia dentro do Estado de direito, na medida em que o sistema penal é seletivo, racista e reprodutor das relações sociais vigentes em todos os níveis de sua manifestação e atua por meio de mecanismos essencialmente injustos, repressivos, violentos e tortuosos, sendo o principal deles a prisão.

Também analisamos o fenômeno do encarceramento em massa e constatamos que a virada punitiva atingiu em cheio o Brasil, em todos os níveis, com a expansão do aparato punitivo (e, conseqüentemente, do Estado de polícia).

O sistema penal brasileiro, além de ilegítimo, opera de forma ilegal, pois os órgãos operantes não costumam exercer seu poder de acordo com a programação legislativa expressa pelo discurso jurídico-penal.

Contudo, tal barreira não é intransponível, isto é, a contenção do poder punitivo é possível, e deve ser feita com ainda mais afincamento por aqueles que defendem a ilegitimidade do sistema penal, por meio da elaboração de práticas voltadas à redução dos danos e que necessariamente englobem a utilização de um garantismo criminologicamente orientado, conforme termo utilizado por Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque, ainda que no contexto de um programa mínimo e transitório de natureza pragmática.

Assim, é possível defender concomitantemente a ilegitimidade do sistema penal e o cumprimento de todas as normas e garantias do direito penal (especialmente, no que nos interessa neste estudo, referente ao estatuto jurídico do preso), dentro de uma perspectiva redutora de danos, haja vista que a legalidade não supre a ilegitimidade do sistema penal, que continuará a operar de modo seletivo, a não cumprir suas funções declaradas e a reproduzir as desigualdades sociais e o racismo, só que de maneira minimizada.

O que propomos, portanto, em um primeiro momento, sob uma perspectiva pré-abolicionista, é justamente o fortalecimento do direito penal e das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício do poder punitivo, com a concretização de um direito penal mínimo, que hoje também é uma utopia.

Pedro Estevam Serrano, ao tratar dos mecanismos de exceção no interior das democracias contemporâneas, pontua que, ao contrário do que ocorria nas ditaduras (de

esquerda e de direita) do século XX, a manifestação do Estado de polícia não se dá por mecanismos de interrupção da democracia representativa, mas por leis, atos ou condutas estatais dentro da rotina dos regimes democráticos, que suspendem os direitos dos inimigos, em uma governabilidade de exceção permanente³⁵⁹ (e, conforme já salientado, o inimigo no Brasil de hoje tem idade, classe social e cor, haja vista que o encarceramento massivo no país atinge sobretudo os jovens, pobres e negros).

Ora, é certo que a política do encarceramento não pode ser considerada produto do Estado democrático³⁶⁰; ademais, é senso comum que o sistema penitenciário brasileiro está colapsado.

Assim, cumpre, neste tópico, analisarmos o estatuto jurídico dos presos e o seu descompasso com a realidade intramuros, o que evidencia, além da ilegitimidade do sistema prisional brasileiro, o cárcere como um campo biopolítico, um espaço de exceção, no qual há, mesmo sem previsão legal, a suspensão de norma garantidora de direitos a critério do soberano, responsável pela aplicação da lei, em um estado de exceção permanente³⁶¹. Nesse sentido, restará cristalino que:

Há uma contradição inerente ao ordenamento jurídico brasileiro que, na letra da lei, é clarividente na afirmação dos direitos e garantias individuais, sobretudo à vida. Mas em sua operacionalização, na manutenção da ordem no interior do sistema carcerário, opera em estado de exceção, transformando o encarcerado em *Homo Sacer* em vida

³⁵⁹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Segurança pública e medidas de exceção na democracia. In: PEREIRA, Claudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 339-349. Conforme os ensinamentos de Giorgio Agamben, o estado de exceção se apresenta como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo e se desenvolve independentemente de sua formalização constitucional ou legislativa, tendo em vista que não é nem exterior e nem interior ao ordenamento jurídico, estando situado em uma zona de indiferença, de suspensão da norma (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13; 23; 39).

³⁶⁰ SERRANO, op. cit.

³⁶¹ MARTINS, Jília Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional: biopolítica e desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 84. Jília Diane Martins pontua que, embora para Giorgio Agamben o cárcere pertença ao ordenamento jurídico normal, se distinguindo do campo de concentração – campo biopolítico por excelência –, o próprio autor ressalta que se estará diante de um campo “sempre que for criada uma estrutura onde o ordenamento jurídico seja suspenso, podendo ser cometidas atrocidades ou não, a depender da decisão soberana” (Ibidem, p. 61). Partindo desse pressuposto, a autora conclui que “na atualidade, não só o campo de concentração representa o poder biopolítico; o sistema carcerário brasileiro também opera em constante estado de exceção, transformando os encarcerados em vida nua. Encontraremos nesse encarcerado a dualidade da vida do *Homo Sacer*. Insacriticável já que protegido legalmente, porém matável, abandonado a toda forma de violência no sistema carcerário” (Ibidem, p. 72). No mesmo sentido, Loïc Wacquant, ao discorrer sobre o sistema carcerário brasileiro, aduz que “o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica” (WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 13).

nua insacrificável, porém matável, já que o expõe a toda forma de violência diante da suspensão das normas garantidoras de direito.³⁶²

Pelo exposto, atribuímos especial importância à busca pela efetividade do estatuto jurídico do preso.

3.1.1 Proibição de tratamento desumano e degradante e superlotação

Para Rodrigo Duque Estrada Roig, a sentença da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 2013, no julgamento da causa “Torreggiani e outros *versus* Itália”, que condenou o país por imposição de tratamento desumano e degradante, em razão da superlotação carcerária, pode servir de paradigma e exemplo para o Brasil, eis que traz temas como encarceramento em espaços reduzidos, relativização da relação jurídica Estado-indivíduo e legalidade do encarceramento no contexto do fenômeno da superlotação³⁶³.

De fato, é inquestionável que a execução da pena em espaços superlotados configura tratamento desumano e degradante. Ainda, conforme salientado no relatório publicado em julho de 2008 relativo à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário promovida pela Câmara dos Deputados, “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana”³⁶⁴.

O estatuto jurídico do preso no Brasil é extenso, e não há melhor maneira de iniciar o seu estudo senão elencando as normas da Constituição Federal (CF), cuja correta leitura reflete a mais importante fonte de proteção normativa desse significativo grupo de pessoas, tendo em vista que ela traz, além de direitos expressamente previstos, um extenso rol de princípios penais explícitos e implícitos e, ainda, genéricos ou específicos à situação de vulnerabilidade dos presos, sendo que tais normas guardam relação direta com o princípio matriz dos direitos fundamentais, a saber, o da dignidade da pessoa humana³⁶⁵.

³⁶² MARTINS, Jília Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**: biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 76. Vê-se, assim, que o espaço do cárcere, como campo biopolítico, não é nem exterior e nem interior ao ordenamento jurídico, situando-se em uma zona de indiferença, de suspensão da norma, sendo a estrutura pela qual o estado de exceção opera normalmente no Brasil.

³⁶³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 571, 578.

³⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 247.

³⁶⁵ Artigo 1º, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

Assim, quanto à proibição de tratamento desumano e degradante – e, conseqüentemente, da superlotação carcerária –, podemos citar o artigo 5º, inciso III, da CF, que traz a garantia de não submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante; enquanto a tutela da integridade física e moral das pessoas presas está prevista no inciso XLIX.

Já o artigo 5º, inciso XLVII, da CF, ao proibir as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, trata do princípio da humanidade das penas. Tal dispositivo possibilita diversas indagações, tais como a vedação de penas cruéis, o estabelecimento do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e as precárias condições de higiene, saúde e estrutura material dos presídios superlotados. Destarte, a proibição à pena de morte também resta mitigada, uma vez que, sendo o cárcere brasileiro um campo biopolítico, conforme vimos, o encarcerado “torna-se matável, confundindo-se com a figura do *Homo Sacer*”³⁶⁶.

Feitas essas breves considerações acerca do estatuto constitucional do preso, cumpre-nos discorrer sobre as normas protetivas previstas na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal [LEP]), frisando que o objetivo da lei é justamente oferecer condições para a harmônica integração social do condenado (artigo 1º). Trata-se do discurso legitimador de prevenção especial positiva da pena, que, assim como vimos no primeiro capítulo, é falacioso. Tal consideração é importante, pois, conforme apresentamos adiante, a LEP apresenta grande rol – exemplificativo – de direitos dos presos, que corroboram a proposta de ressocialização; contudo, na realidade, o que observamos é um total descaso com as normas protetivas pelos responsáveis pela execução da pena, por falta de interesse do Estado e da população, motivo pelo qual os índices de reincidência são tão elevados no Brasil.

Outro dispositivo importantíssimo, antes de adentrarmos nos direitos propriamente ditos, e que também serve para os próximos itens, é o artigo 3º, *caput*, da LEP, que prevê que ao preso serão assegurados todos os direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro não atingidos pela sentença ou pela lei³⁶⁷. Nesse sentido, o rol de direitos contido na referida lei é meramente exemplificativo, já que todos os direitos não restringidos por ela ou pela sentença penal condenatória em tese são mantidos. Ainda, o artigo 185, da LEP, prevê que haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

³⁶⁶ MARTINS, Jília Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**: biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 62.

³⁶⁷ Ainda, prevê o artigo 38, do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal) que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Ora, é certo que “a superlotação é exemplo claro de desvio de execução, vez que impõe à pessoa presa o sacrifício de direitos não abarcados nos limites da sentença, de forma ilegal, inconstitucional e humanamente intolerável”³⁶⁸.

No que tange aos locais de encarceramento, a LEP prevê, no artigo 85, que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade e que a determinação do limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades, compete ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Para Rodrigo Duque Estrada Roig, esse dispositivo “evidencia que a superlotação é um estado permanente de ilegalidade, consubstanciado na incompatibilidade entre o contingente carcerário e a estrutura ou finalidade do estabelecimento”³⁶⁹.

Já o artigo 88 da LEP dispõe que o alojamento do preso deve consistir em cela individual que contenha necessariamente dormitório, aparelho sanitário e lavatório, e que são requisitos básicos da unidade celular a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e, ainda, área mínima de seis metros quadrados por preso. Destarte, conforme os artigos 91 e 92 da lei, o alojamento em celas coletivas seria permitido somente aos presos em cumprimento da pena em regime semiaberto, sendo, portanto, a exceção.

Já as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos no Brasil, estabelecidas pela Resolução nº 14/94, do CNPCP³⁷⁰, garantem às pessoas presas o respeito à individualidade, integridade física e dignidade pessoal (artigo 3º). Tal como previsto na LEP, o regramento é de colocação do preso em alojamento individual e, excepcionalmente, em dormitórios coletivos (artigo 8º, caput), sendo que, em qualquer caso, a unidade celular deve satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação (artigo 9º).

No campo do direito internacional dos direitos humanos, as Regras de Mandela³⁷¹, adotadas por meio da Resolução nº 70/175³⁷² da Assembleia Geral da Organização das Nações

³⁶⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, jan/abr. 2014.

³⁶⁹ Ibidem.

³⁷⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnp/pt/resolucoes/1994/resolucao14de11denovembrode1994.pdf/view>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

³⁷¹ Idem. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

³⁷² Por haverem sido adotadas sob a forma de resolução, não possuem força de lei, eis que não constituem um tratado internacional. Contudo, as regras mínimas foram incorporadas expressamente pela Constituição do estado de São Paulo, possuindo, portanto, natureza constitucional: “Artigo 143 - A legislação penitenciária estadual

Unidas (ONU), aprovada em 2015, constituem uma revisão das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, adotadas no 1º Congresso da ONU para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, em 1955, e aprovadas pelas Resoluções nº 663/57, 2076/77 e 47/84, todas do Conselho Econômico e Social³⁷³.

Assim, a primeira das Regras de Mandela trata do respeito devido a todos os presos, que não podem, em hipótese alguma, serem submetidos a tortura ou sanções cruéis, desumanas e degradantes, devendo serem protegidos de tais atos. Já a terceira regra estipula que o sistema prisional não pode agravar o sofrimento inerente ao próprio encarceramento.

Quanto às acomodações, a décima segunda regra prevê como modalidades de alojamento as celas, os quartos individuais e dormitórios, sendo certo que cada preso deverá ocupar sozinho a cela ou o quarto durante a noite, salvo situações excepcionalíssimas de superlotação temporária nos estabelecimentos prisionais, sendo que mesmo nesses casos deve-se evitar ao máximo que dois presos sejam alojados na mesma cela ou quarto. Quanto aos dormitórios, quando houver, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente escolhidos e reconhecidos como capazes de serem alojados nessas condições.

Há também menção, na décima terceira regra, às exigências básicas da unidade celular, no que diz respeito à higiene e saúde, levando-se em conta as condições climáticas e, particularmente, o conteúdo volumétrico de ar, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução nº 217/48, da Assembleia Geral das Nações Unidas, estabelece que nenhuma pessoa será submetida à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (artigo 5º). Conforme as lições de Flávia Piovesan, em que pese não ser um tratado, por haver sido adotado sob a forma de resolução, que não apresenta força de lei, teria excepcionalmente força jurídica vinculante, por haver sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” a ser observada por todos os Estados-membros das Nações Unidas³⁷⁴.

assegurar o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos, a defesa técnica nas infrações disciplinares e definirá a composição e competência do Conselho Estadual de Política Penitenciária”.

³⁷³ Como bem elucida Alexis Augusto Couto de Brito, “o documento se baseia em conceitos gerais admitidos na maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos e tenta estabelecer princípios e regras de boa administração e tratamento dos reclusos, para estimular um constante esforço no aprimoramento e superação das dificuldades práticas da aplicação da pena” (BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 87).

³⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210-211.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado pelo Brasil (Decreto nº 592/92)³⁷⁵, a seu turno, também prevê a proibição à tortura e a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes em relação a qualquer pessoa (artigo 7º). Salientamos que essa proibição faz parte do núcleo inderrogável de direitos humanos (leia-se, que não podem ser restringidos em hipótese nenhuma), previsto no item 2 do artigo 4º do pacto, que dispõe sobre o “direito de crise”, ao prever as situações e condições especiais que permitem a suspensão de direitos³⁷⁶. No que tange especificamente às pessoas privadas de liberdade, dispõe que elas devem ser tratadas com humanidade e respeito à dignidade que é inerente à pessoa humana (artigo 10º, item 1).

No âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), que foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678/92, o artigo 5º, item 2, proíbe torturas e penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, dispondo que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade que lhe é inerente.

Uma breve consideração merece ser feita acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. O STF, no paradigmático julgamento do recurso extraordinário nº 466.343/SP³⁷⁷, que firmou de modo unânime orientação no sentido de que a prisão por dívidas no país só é admitida na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia, em votação acirrada, divergiu quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno, sendo vencedora a tese de que os tratados que versem sobre direitos humanos, e que não foram aprovados nos trâmites do artigo 5º, §3º, da CF (a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São Jose da Costa Rica), possuem natureza supralegal, restando vencida a tese da constitucionalidade desses tratados.

Elencadas as principais normas aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro que proíbem o tratamento desumano e degradante e, por via de consequência lógica, a superlotação

³⁷⁵ O PIDCP institui o Comitê de Direitos Humanos e prevê mecanismos de comunicações interestaduais e de sistema de relatórios. O Brasil ainda não declarou reconhecer a competência do comitê para receber comunicações interestaduais de violação dos direitos previstos no PIDCP. Já o Protocolo Facultativo do PIDCP, que dispõe sobre a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e analisar comunicações individuais de vítimas de violação de algum direito previsto no pacto, desde que esgotados os remédios de jurisdição interna, em que pese haver sido aprovado pelo Congresso Nacional (decreto legislativo 311/-9), está pendente de promulgação por meio de decreto presidencial, a qual, conforme o STF decidiu reiteradamente, “é indispensável para que o tratado possa ser recepcionado e aplicado internamente” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 380).

³⁷⁶ WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96.

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Relator min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

dos locais de cumprimento de pena privativa de liberdade que, conforme apontado no relatório final da CPI da situação carcerária, é a “mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”, passemos aos dados mais atuais sobre a superlotação carcerária no Brasil.

Conforme mencionamos, o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) ocorreu somente em junho de 2020, havendo uma carência informativa no que tange aos dados da situação carcerária nacional. De qualquer modo, em junho de 2020, havia 446.738 vagas e 678.506 pessoas privadas de liberdade, totalizando um déficit de vagas de 231.768³⁷⁸. É certo que houve uma redução tanto nas taxas de encarceramento quanto no déficit de vagas de dezembro de 2019 a junho de 2020, tendo em vista que, conforme dados do Infopen, em dezembro de 2019, havia 755.274 pessoas privadas de liberdade e 442.349 vagas, com um déficit de 312.925. Contudo, a situação está longe de ser aceitável.

Nesse sentido, o relatório da CPI mais recente sobre o sistema penitenciário (2015), assim destacou:

É público e sabido que o sistema carcerário brasileiro enfrenta uma grave crise por falta de vagas nos presídios. Trata-se de uma situação extremamente complexa que se está a enfrentar. Todos desejam um sistema carcerário ideal, indicador da necessidade de uma ampla reforma no sistema. Isso mediante um debate nacional, com alteração legislativa e mudança de política governamental, mas que só será possível acontecer a longo prazo, com aplicação de uma elevada soma de recursos financeiros. No entanto, a realidade dramática do momento não permite a utilização desse longo período de tempo, uma vez que exige a imediata adoção de medidas governamentais para a resolução ou a minoração dos problemas carcerários, especialmente o da falta de vagas, que se apresenta tragicamente neste momento histórico e que está muito aquém do ideal.³⁷⁹

³⁷⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Presos em unidades prisionais no Brasil. In: **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça, 2020. Disponível em:

<<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoibWU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 19 jul. 2021.

³⁷⁹ Idem. Câmara dos Deputados. **Relatório final da CPI do sistema carcerário**. Brasília: Câmara Federal, 2015, p. 217. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0hrep7nmpd2e51kiwoup1psaws1934470.node0?codteor=1366810&filename=REL+2/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015>. Acesso em: 17 jul. 2021. Nas conclusões da CPI, ressaltou-se, ainda, que o principal problema constatado foi justamente o da superlotação carcerária, que se encontra presente em todos os estados brasileiros, salientando que, segundo o Infopen de junho de 2014, “todas as Unidades da Federação exibem taxa de ocupação superior a 100%”. (Ibidem, p. 340).

Atualmente, o déficit nacional de vagas é de 52,29%, sendo que o estado de Pernambuco desponta com o maior índice de superlotação (déficit de vagas de 176,50%), enquanto o estado da Bahia com o menor índice (com déficit de vagas de 7,36%)³⁸⁰.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) desenvolveu um estudo, publicado em 2016, que contribuiu para diagnosticar a realidade carcerária brasileira, por meio da análise de 1.438 estabelecimentos prisionais, o qual apontou que a região Sudeste é a que possuía, em 2015, a maior taxa de lotação do Brasil (158,44%)³⁸¹.

Assim, o estado de São Paulo, que mais nos interessa neste estudo, atualmente possui um déficit de vagas de 44,41%³⁸². Conforme mencionamos, apenas nos últimos 15 anos foram inauguradas 112 unidades prisionais em solo bandeirante, o que equivale a 62,9% do total. Contudo, a construção de novas unidades, ao contrário do que se possa imaginar, não reduziu a superlotação³⁸³, tendo em vista que o aumento de vagas e a construção de unidades servem de combustível ao movimento de aprisionamento e ao paradigma retributivo.

Nesse sentido, segundo dados obtidos pelo portal eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) paulista em 18 de julho de 2021, é possível concluirmos que 137 unidades prisionais do estado estão superlotadas, isto é, 77% das unidades aprisionam mais pessoas que a sua capacidade³⁸⁴.

Segundo dados obtidos pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria do Estado de São Paulo (NESC/DPESP), referentes a 130 inspeções feitas pelo núcleo em estabelecimentos prisionais paulistas no período de abril de 2014 a julho de 2019, além de dados de outras 14 inspeções realizadas durante a pandemia do coronavírus, entre julho e dezembro de 2020, e disponibilizados em 25 de maio de 2021, por meio das alegações finais oferecidas pela instituição³⁸⁵, na condição de *amicus curiae*, no bojo da Arguição de Descumprimento de

³⁸⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 18 jul. 2021.

³⁸¹ Idem. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021, p. 45.

³⁸² Idem. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 18 jul. 2021

³⁸³ SÃO PAULO. Tribunal de Contas de São Paulo. **Em 10 anos, cresce em 87% déficit de vagas em presídios**. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-10-anos-cresce-87-deficit-vagas-presidios>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

³⁸⁴ Esses dados podem ser consultados no mapa interativo disponível no sítio eletrônico <<http://www.sap.sp.gov.br>> da SAP.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em:

Preceito Fundamento (ADPF) nº 347, que analisamos mais adiante, na data da inspeção realizada no Centro de Progressão Penitenciária (CPP) de Pacaembu (20 de fevereiro de 2018), a taxa de superlotação era de 271%; já na inspeção realizada no Centro de Detenção Provisória (CDP) de Belém (30 de janeiro 2017), a taxa era de 301%.

Pelo exposto, percebemos que a normativa referente à proibição de tratamento desumano e degradante é letra morta no cenário carcerário brasileiro, tendo em vista que o quadro de superlotação no Brasil “possui natureza estrutural e sistêmica”³⁸⁶.

3.1.1.1 Princípio do *numerus clausus*

Em razão do grave estado do sistema carcerário brasileiro, sobretudo devido à superlotação das unidades prisionais, merece destaque o mecanismo limitador do quadro de superlotação carcerária denominado *numerus clausus* (ou número fechado), que é:

[...] o princípio ou sistema organizacional segundo o qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução.³⁸⁷

O *numerus clausus*, que encontra fundamento nas normas acima tratadas, possui algumas premissas. A primeira delas é o prestígio ao controle e à redução da população carcerária, e não à criação de novas vagas, haja vista que a construção de novas unidades prisionais, assim como vimos anteriormente, não é a solução para o refreamento do quadro de superlotação. A segunda premissa é a vedação de que a administração penitenciária disponha livremente sobre a transferência de presos entre estabelecimentos para, cumprindo momentaneamente uma decisão judicial, deslocar o problema da superlotação para outra unidade prisional, de modo a mascarar a realidade³⁸⁸.

Rodrigo Roig dá exemplos da aplicação do princípio, ainda que não de maneira expressa, no âmbito internacional. Países como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca adotaram a criação de “lista de espera” para a entrada nos estabelecimentos penais, sempre que inexisterem vagas suficientes. A Suprema Corte norte-americana, a seu turno, confirmou em

<<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

³⁸⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 582.

³⁸⁷ Idem. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, jan/abr. 2014.

³⁸⁸ Ibidem, 2014.

2014 decisão da Corte Federal da Califórnia que havia intimado o Estado a apresentar, em até 45 dias, um plano de redução da população carcerária da ordem de um terço, no espaço de dois anos, por entender que os tribunais podem emitir ordens que ponham limites ao número de presos para assegurar garantias constitucionais. Já o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao analisar um caso individual, decidiu que entre a dignidade humana e o direito de punir estatal, deve prevalecer a primeira, que é pressuposto irrenunciável de toda e qualquer detenção, até mesmo a ponto de acarretar a interrupção da execução da pena. Assim, inexistindo vaga para abrigar dignamente os presos, não se pode dar continuidade à execução penal³⁸⁹.

Destarte, houve também a aplicação do princípio pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso “Plácido de Sá Carvalho *versus* Brasil”.

O Instituto Penal Plácido Sá Carvalho é uma penitenciária situada no complexo de Bangu, no estado do Rio de Janeiro, direcionada ao cumprimento do regime semiaberto por presos do gênero masculino que, em 2016, possuía uma taxa de superlotação de 198% e situação de extrema precariedade carcerária. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a organização não governamental Justiça Global apresentaram um pedido de medidas cautelares à CIDH³⁹⁰.

Ante a inércia do Estado brasileiro, que não prestou as informações solicitadas, foi formulado pedido de medidas provisórias à CIDH, que foi outorgado por meio da Resolução de 13 de fevereiro de 2017, que, entre outras medidas, determinou que o Comitê Colegiado apresentasse um plano de redução da população naquele presídio. Posteriormente, houve a realização de uma visita *in loco* pela corte, previamente agendada, para constatar as condições penitenciárias³⁹¹.

Em 31 de agosto de 2017, após informar que as medidas adotadas não estavam sendo suficientes para o controle da superlotação e das más condições carcerárias e que houve a prévia transferência de vários presos para outro estabelecimento penal, com a finalidade de “maquiar” a realidade dos estabelecimentos visitados, uma nova resolução determinou a elaboração de um diagnóstico técnico e de um plano de contingência para a reforma estrutural e redução da superlotação daquele estabelecimento³⁹².

³⁸⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, jan/abr. 2014.

³⁹⁰ MACHADO, Isabel Penido de Campos. **O *numerus clausus* como uma das alternativas para o controle do encarceramento em massa**. 2019. Disponível em: <http://andhep.org.br/anais/arquivos/prisoos2019/GT7/GT7_Isabel%20Penido%20de%20Campos%20Machado.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

³⁹¹ Ibidem.

³⁹² Ibidem.

Frente à postura do Estado brasileiro, que não fornecia informações consistentes, a CIDH mudou a sua postura com a outorga da resolução de 22 de novembro de 2018, ao deferir a medida provisória determinando a fixação de *numerus clausus* e de mecanismos aceleradores de cumprimento de pena cumprida em condições desumanas e degradantes³⁹³. Assim, no item 4, da resolução, a CIDH determina que Estado brasileiro tome as medidas necessárias para que, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante nº 56, do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da notificação da resolução, não ingressem novos presos no Complexo de Curado, nem se efetuem traslados dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos penais, por disposição administrativa³⁹⁴.

Percebemos, assim, que a imposição do *numerus clausus* decorre do poder-dever do juízo da execução de zelar pelo correto cumprimento da pena, nos termos do artigo 66, inciso VI, da LEP, impedindo práticas atentatórias aos direitos humanos das pessoas presas, devendo ser adotado, sem demora, como importante instrumento de uma política reducionista pautada pela total intolerância à superlotação carcerária³⁹⁵.

3.1.2 Assistência material

Conforme os artigos 10 e 11, da LEP, é dever do Estado prover assistência: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso e ao internado (estendendo-se, ainda, ao egresso).

Interessa-nos, neste capítulo, discorrer quanto às assistências material, à saúde e educacional. Sobre a assistência jurídica, tratamos no próximo capítulo, ao discorrermos sobre a Defensoria Pública.

Quanto à primeira delas, a LEP estabelece que a obrigação do Estado de assegurar assistência material às pessoas privadas de liberdade abrange o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas³⁹⁶.

³⁹³ MACHADO, Isabel Penido de Campos. **O *numerus clausus* como uma das alternativas para o controle do encarceramento em massa**. 2019. Disponível em: <http://andhep.org.br/anais/arquivos/prisoos2019/GT7/GT7_Isabel%20Penido%20de%20Campos%20Machado.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

³⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil. Medidas Provisionales. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018**. San José/Costa Rica: CIDH, 2018.

³⁹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, jan/abr. 2014.

³⁹⁶ Artigo 12: “A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas”.

Passemos à análise desses itens essenciais.

3.1.2.1 Alimentação

O direito à alimentação está inserido no rol dos direitos sociais presentes no artigo 6º, da CF, sendo, portanto, um direito fundamental. A LEP vai além, ao prever que o preso tem direito à alimentação *suficiente* (artigo 41, inciso I).

A Resolução nº 03/17, do CNPCP³⁹⁷, dispõe sobre a prestação de serviços de alimentação e nutrição às pessoas privadas de liberdade, que se regem pelas diretrizes da Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) e pela Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), e que devem garantir a promoção da alimentação adequada, saudável, variada e segura, contribuindo para a manutenção da saúde, em conformidade com a faixa etária, inclusive dos que necessitam de atenção nutricional específica (artigo 1º, *caput*, inciso I).

Nesse sentido, a resolução prevê, no artigo 3º, a necessidade de planejamento para que as refeições sejam fornecidas em horários regulares, garantindo-se, no mínimo, cinco refeições diárias (o desjejum, o almoço, o lanche, o jantar e a ceia), de modo a cobrir 100% das necessidades nutricionais diárias dos presos (para tanto, os cardápios devem oferecer, pelo menos, cinco porções de frutas, verduras e/ou legumes *in natura* por dia).

A Resolução nº 14/94, do CNPCP, dispõe, ainda, no artigo 13º, que a alimentação deve ser submetida à controle por nutricionista.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o direito à alimentação está previsto no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 11, inciso I, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado pelo Brasil (Decreto nº 591/92).

Já as Regras de Mandela preveem a obrigação de que a administração prisional forneça aos presos, em horários regulares, alimentação com valor nutricional adequado à sua saúde e resistência, de qualidade, bem-preparada e em boa quantidade (regra nº 22, primeira parte).

Contudo, conforme vemos adiante, tais normativas tampouco estão sendo cumpridas dentro dos cárceres brasileiros.

³⁹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 3, de 5 de outubro de 2017**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpkp/resolucoes/2017/resolucao-no-3-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>>. Acesso em: 19 de jul. 2021.

O relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2008 ressalta que “a má qualidade da alimentação, os preços exorbitantes e os esquemas existentes se constituem em um dos graves problemas do sistema carcerário”³⁹⁸.

No que tange à situação nos presídios paulistas, levantamento feito NESC/DPESP, com base nos relatórios de inspeções de 126 unidades prisionais do estado, indica o fornecimento de apenas três refeições diárias em 80% dos estabelecimentos penais, além de longos intervalos entre as refeições, com uma média de jejum elevada, superior a 12 horas entre o jantar e o café da manhã do dia seguinte na maioria das unidades prisionais inspecionadas³⁹⁹.

Quanto às refeições propriamente ditas, o NESC aponta que, em diversas inspeções, foi constatada a precariedade da alimentação em todos os aspectos, ou seja, quanto à quantidade, à qualidade e à variedade, haja vista que:

[...] é corriqueiro o fornecimento de refeições baseadas majoritariamente por carboidratos, havendo quantidade insuficiente de proteína e outros nutrientes essenciais, além de uma baixa variedade na alimentação que permita uma dieta balanceada conforme o necessário para evitar impactos deletérios na saúde.⁴⁰⁰

3.1.2.1 Vestuário e itens de higiene

A CF prevê que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais o salário mínimo, que além de ser fixado em lei e nacionalmente unificado, deve ser capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, inclusive com vestuário e higiene. Estes dois últimos itens, ainda que não constem no rol de direitos sociais delimitado no seu artigo 6º, que é meramente exemplificativo, estão inseridos topograficamente no capítulo referente aos direitos sociais, devendo ser considerados, por óbvio, direitos fundamentais.

A LEP prevê que o preso tem direito à assistência material (artigo 41, inciso VII), que, a seu turno, abrange, além do fornecimento de alimentação, o de vestuário e instalações higiênicas. O direito ao vestuário ainda está previsto no artigo 41, inciso I. Destarte, o artigo 13

³⁹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 201. O relatório ainda aponta que “em vários presídios, a CPI encontrou quentinhas amontoadas do lado de fora das celas, prontas para irem para o lixo, recusadas pelos presos, em face da péssima qualidade da alimentação servida” (Ibidem, p. 200). Uma das propostas apresentadas no relatório da CPI mais recente sobre o sistema penitenciário (2015), é a de retomada dos debates em torno do Projeto de Lei nº 1.249, de autoria da deputada federal Erika Kokay, que modifica o artigo 41, inciso I, da Lei de Execução Penal para garantir a alimentação especial aos presos com prescrição médica.

³⁹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4783560>. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁴⁰⁰ Ibidem.

determina que o estabelecimento penal deve dispor de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

A Resolução nº 04/17, do CNCP⁴⁰¹, que dispõe sobre padrões mínimos para a assistência material do Estado à pessoa privada de liberdade, traz, em seu anexo, os itens de higiene a serem entregues aos presos, bem como a frequência de reposição.

Assim, o kit de enxoval e o kit de uniforme devem ser entregues a cada preso no momento da inclusão à unidade prisional. O kit de enxoval é composto por colchão, lençóis, toalha de banho e cobertor, cuja quantidade e necessidade devem ser avaliadas pelas condições climáticas do local do estabelecimento prisional. Já o kit de uniforme, que deve observar as diferenças de gênero, é composto por calças, bermudas, roupas íntimas, camisetas manga curta, par de sandálias e pares de meias. As camisetas de manga longa, os agasalhos e as calças de moletom, a touca e o par de luvas, o casaco de lã e o par de tênis ou as sapatilhas terão a quantidade e necessidade avaliadas pelas condições climáticas do local de cumprimento da pena.

Já o kit de asseio pessoal (higiene) e o kit de limpeza são entregues na admissão à unidade prisional e possuem reposição periódica. O kit de higiene é entregue por preso e o de limpeza, por cela. O primeiro é composto por sabonete (reposição semanal), rolos de papel higiênico (reposição quinzenal), xampu, desodorante, aparelho de barbear descartável, escova de dentes, creme dental, absorventes femininos (reposição mensal), pente de plástico maleável (conforme demanda) e corta-unhas (quando conveniente e não comprometer a segurança). O segundo, a seu turno, é composto por detergente ou sabão líquido (reposição mensal) e pano de chão (conforme demanda).

A Resolução nº 14/94, do CNPCP, prevê, no artigo 12º, que as roupas fornecidas aos presos pelos estabelecimentos prisionais devem ser apropriadas às condições climáticas, não devem afetar a dignidade do preso e precisam estar limpas e mantidas em bom estado. O artigo 8º, §2º, estabelece que ao preso deve ser disponibilizada cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições mínimas de limpeza e conforto. Além da normativa prevista no artigo 9º, que determina que as unidades celulares satisfaçam as exigências de higiene, de acordo com o clima, o artigo 10º, inciso IV, estabelece

⁴⁰¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 4, de 5 de outubro de 2017**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2017/resolucao-no-4-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

que o local onde os presos desenvolvem suas atividades deve apresentar instalações que permitam que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, com preservação de sua privacidade.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o direito ao vestuário está previsto no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 11, inciso I, do PIDESC, promulgado pelo Brasil (Decreto nº 591/92).

Já as Regras de Mandela, no que tange à higiene pessoal, a regra nº 18 prevê que, se por um lado, o preso tem o dever de manter a limpeza pessoal, por outro lado deve ter acesso a água e artigos de higiene, conforme necessário para sua saúde; ademais, aos presos também devem ser disponibilizados meios para cuidado do cabelo e da barba, a fim de que possam manter uma boa aparência, compatível com seu autorrespeito. Quanto ao vestuário, inova ao prever a necessidade de que roupas íntimas sejam trocadas e lavadas com a frequência necessária para a manutenção da higiene (regra nº 19, segunda parte) e de que cada preso tenha cama separada, com roupas de cama suficientes que sejam trocadas frequentemente (regra nº 21).

Contudo, tais normas também carecem de aplicabilidade no Brasil.

O relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2008 ressalta que:

[...] a CPI verificou que a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente. [...] A realidade encontrada pela CPI, em suas diligências nos mais variados estabelecimentos penais, é de confronto com a legislação nacional e internacional, de agressão aos direitos humanos e de completa barbárie. [...] Muitos estabelecimentos não contêm instalações apropriadas à alocação individual de presos e, quando estes são alojados coletivamente não lhes são propiciadas condições mínimas de acomodação. [...]

Muitos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso. Não raras vezes os banheiros estão localizados em outras áreas, e nem sempre os presos têm acesso ou permissão para utilizá-los. O mesmo ocorre para as instalações destinadas a banho. [...] O Estado também não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentifrício, escova de dente e toalhas. [...] A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável. [...] A CPI constatou que, em muitos estabelecimentos penais, o principal uniforme dos presos é o próprio couro, como no Distrito de Contagem, onde 70 presos seminus se amontoavam em apenas uma cela. Na maioria dos estabelecimentos penais os presos utilizam suas próprias roupas, sem qualquer critério, levadas por parentes, doadas por entidades de caridade, tomadas de outros presos, ou simplesmente vestem molambos ou trapos velhos e fedorentos. Em vários Estados, os presos dormem em pedras nuas e frias. Os colchões são sempre em menor quantidade do que o número de presos. Os presos têm que colar vários colchões e grudar o corpo com o de outro para se agasalharem. Por outro lado, quando são fornecidos, os colchões são muito finos, com espessura incompatível com a necessidade dos presos. [...] Do levantamento realizado pela CPI, concluiu-se que, na

grande maioria das unidades federadas, o fornecimento de uniforme aos reclusos é uma exceção.⁴⁰²

O CNMP, em seu estudo sobre o sistema carcerário, constatou que, dos 1.438 estabelecimentos pesquisados no território nacional, apenas 490 fornecem camas e 1.059 fornecem colchões para todos os presos; destarte, apenas 516 fornecem roupa de cama e 494, toalha de banho⁴⁰³. Já no que tange ao vestuário e à higiene pessoal, o estudo mostrou que, das 1.438 unidades prisionais pesquisadas, somente 686 fornecem uniforme, e 966 disponibilizam itens de higiene pessoal⁴⁰⁴.

Segundo dados obtidos pelo NESC/DPESP, referentes a 130 inspeções feitas pelo núcleo em estabelecimentos prisionais paulistas no período de abril de 2014 a julho de 2019⁴⁰⁵, pelo menos 69% dos presos entrevistados afirmaram que não recebem sabonete quando necessário. Quanto ao vestuário, mais da metade dos presos entrevistados respondeu que não há reposição de peças de roupa, e 59,2% afirmaram que as roupas fornecidas são insuficientes para as variações climáticas.

Em suma, com a ausência de fornecimento de itens de higiene e vestuário pelo Estado, cabe aos familiares dos presos o ônus de fornecerem tais itens, seja pessoalmente, nos dias de visita (“jumbo”), ou por via postal.

3.1.3 Assistência à saúde

O direito à saúde está inserido no rol dos direitos sociais constantes no artigo 6º, da CF, sendo, portanto, um direito fundamental. Destarte, a Lei Maior assegura, no artigo 196, o seu acesso universal⁴⁰⁶.

Já a LEP dispõe que constitui direito do preso a assistência à saúde (artigos 11, inciso II e 41, inciso VII), e que ela deve ter caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento

⁴⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 192-199.

⁴⁰³ Idem. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021, p. 53.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 55.

⁴⁰⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4783560>. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁴⁰⁶ Artigo 196, da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

médico, farmacêutico e odontológico (artigo 14, *caput*), além de acompanhamento médico à mulher presa, sobretudo no pré-natal e no pós-parto, estendendo-se a assistência ao recém-nascido (§3º). Caso a unidade prisional não possua estrutura para prover a assistência médica necessária, esta deverá ser fornecida em outro local, mediante autorização do estabelecimento (artigo 14, §2º).

A Resolução nº 04/17, do CNPCP, prevê o fornecimento de kit de cuidado pessoal, a ser entregue por preso, conforme demanda, sendo composto por preservativos masculinos ou femininos, fralda geriátrica e bolsas de colostomia. Já a Resolução nº 07/03, CNPCP⁴⁰⁷, estabelece um elenco mínimo de ações de saúde que deve ser implantado nos sistemas penitenciários dos estados.

A Portaria nº 1.631/15, do Ministério da Saúde, que regulamentou a Lei nº 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde (SUS), dispõe sobre os parâmetros mínimos de prestação de assistência à saúde.

No que tange às pessoas presas, a Portaria nº 2.048/09, do Governo Federal⁴⁰⁸, criou normas de incentivo para a atenção à saúde no sistema penitenciário, e a Portaria Interministerial nº 1/14, do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça⁴⁰⁹, instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), que objetiva garantir o acesso das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional ao cuidado integral no SUS (artigo 5º). Já a Portaria nº 482/14, do Ministério da Saúde⁴¹⁰, institui normas para a operacionalização da PNAISP e estipula a quantidade de profissionais de saúde que devem compor as equipes mínimas de saúde nos estabelecimentos prisionais, de acordo com o tamanho da população prisional.

Assim, por exemplo, as unidades prisionais com população prisional acima de 1.200 custodiados deverão contar com equipe de saúde composta por um assistente social; um cirurgião-dentista; um enfermeiro; um médico; um psicólogo; um técnico de enfermagem/auxiliar de enfermagem; um técnico de higiene bucal/auxiliar de saúde bucal; dois profissionais selecionados dentre as ocupações de assistência social, enfermagem, farmácia, fisioterapia, nutrição; psicologia ou terapia ocupacional, além de, no mínimo, um psiquiatra ou médico com experiência em saúde mental, com o acréscimo de profissionais de acordo com o

⁴⁰⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 7, de 14 de abril de 2003**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2003/resolucao07de14deabrilde2003.pdf/view>>. Acesso em: 2 ago. 21.

⁴⁰⁸ Idem. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.048/09**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2048_03_09_2009.html> Acesso em: 7 ago. 2021.

⁴⁰⁹ Ibidem.

⁴¹⁰ Ibidem.

incremento do número de custodiados (artigo 3º, §§ 3º, 4º, 5º e 8º, da Portaria nº 482/14, do Ministério da Saúde).

Salientamos que o estado de São Paulo aderiu à PNAISP.

A Resolução nº 14/94, do CNPCP, dispõe, no artigo 15º, que a assistência à saúde abará, além do atendimento médico, farmacêutico e odontológico, também o psicológico, devendo o estabelecimento prisional ser dotado, inclusive, de dependência para observação psiquiátrica e cuidado toxicômanos (artigo 16, inciso II), sendo obrigatório o exame clínico do preso na ocasião de seu ingresso na unidade prisional (artigo 18), cumprindo ao médico zelar pela saúde do preso, devendo realizar visitas diárias àqueles que necessitem (artigo 19).

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o direito à saúde está previsto no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 12 do PIDESC, promulgado pelo Brasil (Decreto nº 591/92).

Já as Regras de Mandela preveem diversas normas sobre a assistência à saúde, destacando-se a obrigação do Estado de garantir a continuidade do tratamento dos presos, inclusive nos casos de HIV, tuberculose e outras doenças infecciosas, abrangendo a dependência às drogas (regra nº 24, segunda parte) e de fornecer atenção especial aos presos com necessidades especiais (regra nº 25, primeira parte). Ainda, deve ser assegurada a transferência para instituições especializadas ou hospitais aos presos que necessitem de tratamento especializado ou de cirurgia (regra nº 27, primeira parte). Ao médico cumpre relatar ao diretor da unidade prisional sempre que considerar que a saúde física ou mental de um preso foi ou será prejudicialmente afetada pelo encarceramento contínuo ou pelas condições do encarceramento (regra nº 33).

Contudo, tais normas tampouco são aplicadas no Brasil.

O relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2008 ressalta que:

Dos cerca de 422.590 presos existentes no Brasil (Dez/2007), aproximadamente 87.000, ou seja, apenas 20% (vinte por cento) se encontravam cobertos pelas Equipes de Saúde. [...] CPI também apurou que as unidades prisionais praticamente não fornecem medicamentos aos internos. Basicamente, os mesmos remédios são utilizados em todos os tratamentos, das mais variadas doenças. [...] A CPI também comprovou em várias unidades prisionais o uso de creolina no tratamento de doença de pele. Em Minas Gerais, no Município de Ponte Nova, os presos usavam largamente esse medicamento receitado pelo médico. Da mesma forma, isso foi verificado no Distrito de Contagem e em outros Estados do Brasil. A creolina é uma substância de cor branca, de cheiro forte e repugnante, utilizada na zona rural por criadores pobres no tratamento de feridas (bicheiras) de animais. O uso da creolina no tratamento de presos revela que, no Brasil, presos recebem tratamento pior que o concedido a animal bruto. [...] A CPI constatou que os reclusos não recebem assistência odontológica.

Quando fornecida, dentro da unidade prisional, destina-se unicamente à extração dos dentes.⁴¹¹

O CNMP, em seu estudo sobre o sistema carcerário, constatou que, dos 1.438 estabelecimentos pesquisados no território nacional, apenas 579 possuem farmácia⁴¹².

Uma simples consulta ao Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) demonstra que, no período de janeiro a junho de 2020, havia um total, entre cargos efetivos, temporários, comissionados e terceirizados, de 836 dentistas, 1.534 enfermeiros, 868 clínicos gerais, 2.603 auxiliares e técnicos de enfermagem, 1.207 psicólogos, 258 psiquiatras, 135 terapeutas ocupacionais, 399 técnicos odontológicos e 71 outros médicos especialistas, em relação a todas as unidades prisionais do país, sendo que tal número é irrisório, tendo em vista que a população carcerária nacional, naquele período, era de 702.069, com uma proporção de 808 presos para cada médico clínico geral⁴¹³.

Segundo apontado pelo NESC/DPESP, em suas alegações finais na ADPF 347,

Em que pese, no entanto, o extenso rol normativo que garante o direito à população privada de liberdade, *nenhuma unidade prisional do estado de São Paulo possui equipe mínima de saúde completa de acordo com a Portaria Interministerial nº1/2014 (PNAISP)*. Ou seja, sequer esse mínimo é garantido à população prisional. Pior, muito aquém desse quadro. Basta ver que diversas unidades não têm sequer médicos em seu quadro de funcionários. Muitas equipes são compostas unicamente por auxiliares de enfermagem.⁴¹⁴

⁴¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 202-211. Uma das constatações feitas no relatório da CPI mais recente sobre o sistema penitenciário (2015), é a de que o ambiente prisional é um meio eficaz tanto para a transmissão de doenças quanto para o surgimento de psicoses carcerárias, muitas vezes causadas pela atmosfera opressiva e por doenças existentes em razão das más condições de higiene, alimentação e vestuário; uma das propostas constantes no relatório é o aperfeiçoamento do atendimento à saúde no sistema penitenciário e nas unidades da Secretaria da Segurança Pública, garantindo a realização e aplicação dos convênios entre os governos federal, estadual e municipal, para garantir assistência médica e hospitalar aos pacientes presos conforme Portaria Interministerial 01/2014.

⁴¹² Idem. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021, p. 57.

⁴¹³ Idem. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 7 ago. 2021.

⁴¹⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021, grifo nosso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4783560>. Acesso em: 18 jul. 2021.

3.1.3.1 Emergência sanitária da COVID-19

Se a realidade carcerária nacional, conforme vimos até aqui, evidencia uma grave crise humanitária, com a pandemia do coronavírus (COVID-19) houve o acréscimo de uma emergência sanitária, aumentando ainda mais o colapso do sistema prisional brasileiro⁴¹⁵. Conforme aponta Patrick Cacicedo:

À emergência humanitária das prisões somou-se a emergência sanitária da Covid-19, cuja medida básica de contenção é o distanciamento social, incompatível com as prisões brasileiras, quase todas compostas por celas coletivas. O ambiente fechado das prisões, por si só propício para a proliferação do vírus, se agrava ainda mais em razão das condições específicas da vida carcerária brasileira: superlotação, falta de equipes mínimas e programas de saúde, racionamento de água e fornecimento precário de produtos de higiene.⁴¹⁶

Se em um contexto ordinário já é notória a vulnerabilidade social das pessoas presas, tendo em vista as degradantes condições em que as prisões são operacionalizadas no país, o “panorama contemporâneo de crise epidemiológica reflete a gramática desumana nas prisões do país, amplificada pela situação de mortalidade e exposição ao risco de morte da população prisional e do pessoal penitenciário”⁴¹⁷. Podemos falar, portanto, em uma “hipervulnerabilidade” da população prisional no contexto pandêmico.

Destacando a elevada vulnerabilidade social das pessoas privadas de liberdade, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19 (PNO)⁴¹⁸ inclui a população carcerária como grupo prioritário para a imunização. Assim, os dois primeiros grupos prioritários são constituídos por pessoas institucionalizadas com 60 anos ou mais ou com deficiência. Já o grupo constituído por funcionários do sistema de privação de liberdade e pela população privada de liberdade ocupa a 17ª posição de prioridade, bem à frente da população em geral, de 18 a 59 anos.

⁴¹⁵ ALMEIDA, Bruno Rotta; CACICEDO, Patrick. Emergências, direito penal e Covid-19: por um direito penal de emergência humanitário. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 335, p. 7-10, out. 2020.

⁴¹⁶ CACICEDO, Patrick Lemos. **Brasil: a luta da Defensoria Pública em meio à crise**. World Prison Brief. Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/brasil-luta-da-defensoria-p%C3%BAblica-em-meio-%C3%A0-crise>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

⁴¹⁷ ALMEIDA; CACICEDO, op. cit., 2020

⁴¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra COVID-19**. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19/view>>. Acesso em: 03 ago. 2021. O documento ressalta que a população carcerária é mais suscetível à transmissibilidade de infecções do que a população em liberdade, haja vista as más condições de habitação e circulação restrita, além da inviabilidade de adoção de medidas não farmacológicas efetivas nas unidades prisionais, que possuem alto potencial para a ocorrência de surtos, dentro e fora dos estabelecimentos.

Outra medida adotada para o enfrentamento da pandemia no sistema prisional foi a edição da Recomendação nº 62, de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴¹⁹. Entre as recomendações, destacamos a reavaliação das prisões provisórias, a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, a concessão de prisão domiciliar aos presos em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto e a colocação em prisão domiciliar de pessoa presas com suspeita ou confirmação de COVID-19, na ausência de espaço de isolamento adequado na unidade prisional.

No que concerne à efetividade da recomendação do CNJ, visando ao desencarceramento durante a pandemia, talvez por não possuir efeito vinculante, não causou impactos significativos na realidade prisional⁴²⁰.

Sem embargo, pesquisa feita sobre 6.771 decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em *Habeas Corpus* (HC), proferidas nos dois primeiros meses da pandemia da COVID-19 demonstra que quase 90% deles foram indeferidos, sendo que, dos 54% que citam a Recomendação nº 62 em suas decisões, 90% deles a utilizaram justamente para indeferir os pedidos de soltura⁴²¹. Ainda, tem-se que o STF negou de maneira massiva pedidos de liberdade fundados na recomendação⁴²².

⁴¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 3 ago. 2021. Mais recentemente, foi editada a Recomendação nº 91, de março de 2021, do CNJ, como complemento à Recomendação nº 62, destacando-se a realização de audiência e de outros atos processuais por videoconferência (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785>>. Acesso em: 3 ago. 2021).

⁴²⁰ A título de exemplo, levantamento realizado pela DPESP aponta que, de 32.010 processos judiciais que envolviam pessoas dos grupos de risco da covid-19, apenas 1.647 resultaram na expedição de alvarás de solturas (SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Levantamento - Consulta Processual**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTc3M2FkOTctMzM3NS00NGI0LTkxNTQtMjg0MWZjMDdjM2FjIiwidCI6IjliMGJwMjdhLTl2NDAtNDM0YS05ZjYwLTM1MjRiMGZlYWU1YyJ9&pageName=ReportSection>>. Acesso em: 4 ago. 2021).

⁴²¹ VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Maíra Rocha. Uma conjuntura crítica perdida: a Covid-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, 2021; VASCONCELOS, Natalia Pires; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, v. 54, 2020.

⁴²² CACICEDO, Patrick Lemos. **Brasil: a luta da Defensoria Pública em meio à crise**. World Prison Brief. Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/brasil-luta-da-defensoria-p%C3%BAblica-em-meio-%C3%A0-crise>>. Acesso em: 3 ago. 2021. Quanto às decisões emanadas pela Suprema Corte, em levantamento feito em agosto de 2020, verificou-se que ela nega 81% dos HCs impetrados com base na Resolução nº 62, do CNJ (POMPEU, Ana. STF nega 81% dos HCs baseados na Recomendação 62, do CNJ, sobre a Covid-19. **Jota**, Brasília, 7 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>>. Acesso em: 4 ago. 2021). Ainda sobre demandas relacionados à Covid-19 levadas ao STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Painel de Ações Covid-19**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 4 ago. 2021.

Em que pesem tais esforços, o Boletim Semanal do CNJ sobre a COVID-19⁴²³ aponta que foram registrados 90.132 casos confirmados de COVID-19 no sistema prisional, sendo que 72,5% dos casos são relativos às pessoas presas e 27,5% aos servidores. Já com relação aos óbitos, foi registrado um total de 561 falecimentos, sendo que os servidores correspondem a 51,6% das mortes registradas. A região Sudeste responde por mais de um terço dos casos confirmados de COVID-19, tanto de servidores quanto de pessoas presas. Em relação aos óbitos registrados, a proporção é ainda maior (51% dos óbitos de servidores e 43,2%, das pessoas presas). O estado de São Paulo lidera o ranking nacional de número de casos e óbitos por COVID-19, registrando, até 27 de julho de 2021, 14.904 casos confirmados e 76 óbitos de pessoas presas, e 4.359 casos confirmados e 119 óbitos de servidores.

Percebemos, outrossim, que o PNO não vem sendo cumprido pelo estado de São Paulo no que tange à priorização das pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, segundo dados fornecidos pela SAP, 90% dos presídios paulistas tiveram casos confirmados de COVID-19 e apenas 6% das pessoas presas foram vacinadas, ao passo que 82,5% dos servidores já tomaram as duas doses da vacina⁴²⁴.

Conforme apontado na ação civil pública ajuizada no dia 20 de julho de 2021 pelo NESC/DPESP, que pleiteia a pronta vacinação de todas as pessoas presas, conforme o PNO, mesmo considerando a vacinação por faixa etária que está sendo adotada para a população em geral, nos estabelecimentos prisionais a imunização está acontecendo de forma muito lenta, de modo que, embora no estado de São Paulo as pessoas acima de 35 anos já estivessem recebendo a vacina na data do ajuizamento da ação, das mais de 80 mil pessoas presas que já atingiram essa idade, apenas 18.102 haviam tomado o imunizante⁴²⁵.

Para agravar ainda mais a situação, houve corte pelo governo paulista de verbas durante a pandemia do coronavírus no que tange à atenção à saúde nas prisões (R\$ 14 milhões) e às ações como a aquisição de produtos de higiene (R\$ 31 milhões), conforme dados da Plataforma Justa⁴²⁶.

⁴²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Boletim Semanal Covid-19 no Sistema Prisional e no Sistema Socioeducativo** (atualizado até 28 jul. 2021). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

⁴²⁴ 9 EM CADA 10 presídios de SP tiveram casos de Covid-19; apenas 6% dos detentos foram vacinados, diz secretaria. **G1 SP**, São Paulo, 6 jul. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/06/9-em-cada-10-presidios-de-sp-tiveram-casos-de-covid-19-apenas-6percent-dos-detentos-foram-vacinados-diz-secretaria.ghtml>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

⁴²⁵ SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. **Ação Civil Pública de 20 de julho de 2021**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acp-defensoria-vacinacao-presos.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

⁴²⁶ ZAFFALON, Luciana. Doria corta da saúde prisional e engorda o caixa em ano de pandemia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 mar. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/03/doria-corta>>.

Pelo exposto:

[...] torna-se imprescindível reclamar por um direito penal de emergência sanitária, a fim de que ações concretas e emergenciais sejam tomadas especialmente no campo da execução penal, em estrito e absoluto respeito aos direitos humanos. O atual momento do sistema punitivo é um novo marco da história de massacres nas prisões do país. Trata-se de uma situação que se distancia da trajetória constitucional, e acentua o estado de colapso do sistema prisional brasileiro.⁴²⁷

3.1.4 Fornecimento de água potável

Embora o direito ao fornecimento de água potável não esteja previsto na LEP, é certo que não faltam normativas que lhe assegurem, haja vista a sua imprescindibilidade para a manutenção da vida.

De início, embora tampouco esteja expressamente previsto na CF, frisamos que o acesso à água potável decorre do postulado da dignidade da pessoa humana, e a omissão estatal no seu fornecimento constitui, por si só, tratamento desumano e degradante.

Conforme dispõe os artigos 2º, inciso I, e 3º, inciso I, alínea *a*, ambos da Lei nº 11.445/07, os serviços públicos de saneamento básico, inclusive os que dizem respeito ao abastecimento de água potável, são regidos pelo princípio da universalização, ou seja, não basta o fornecimento universal de água: ela deve ser potável⁴²⁸.

O artigo 3º, §11º, da Resolução nº 03/17 do CNPCP, determina que a água potável e própria para o consumo deve ser oferecida sob livre demanda⁴²⁹.

Já o artigo 13º da Resolução nº 14/94, do CNPCP, prevê que a administração da unidade prisional deverá fornecer água potável aos presos.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, as Regras de Mandela, a seu turno, estabelecem que todas as pessoas presas devem ter acesso a água potável, sempre que necessitar (regra nº 22, item 2) e que tal acesso deve ser garantido a todos os presos, sem

da-saude-prisional-e-engorda-o-caixa-em-ano-de-pandemia.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>. Acesso em: 3 ago. 2021.

⁴²⁷ ALMEIDA, Bruno Rotta; CACICEDO, Patrick. Emergências, direito penal e Covid-19: por um direito penal de emergência humanitário. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 335, out. 2020.

⁴²⁸ O anexo do Decreto Federal nº 5.440/05 conceitua, no artigo 4º, inciso I, água potável como água para consumo humano cujos parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e radioativos atendam ao padrão de potabilidade e que não ofereça riscos à saúde. Já a Portaria nº 2.914/11, do Ministério da Saúde, estabelece o padrão de potabilidade.

⁴²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 3, de 5 de outubro de 2017**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2017/resolucao-no-3-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>>. Acesso em: 19 de jul. 2021.

exceção (regra nº 42). A regra nº 16 inova ao prever o direito ao fornecimento de banho em temperatura apropriada ao clima:

Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho, a fim de que todo preso possa tomar banho, e assim possa ser exigido, na temperatura apropriada ao clima, com a frequência necessária para a higiene geral de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana em clima temperado.

É interessante apontar que a proibição do corte de fornecimento de água encontra amparo no direito humanitário, cujos primeiros marcos do processo de integralização dos direitos humanos são a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Trata-se do direito que se aplica na hipótese de guerra, a fim de fixar limites à atuação do Estado e de proteger direitos fundamentais, destinando-se a militares postos fora de combate, como feridos, doentes e prisioneiros e à população civil⁴³⁰, e que tem as quatro Convenções de Genebra de 1949 como principais fontes.

Assim, o artigo 54 do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais, prevê a proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, com a expressa proibição de fazer padecer de fome as pessoas civis e de atacar, destruir, remover ou inutilizar instalações e reservas de água potável e obras de irrigação.

Contudo, ainda que a água potável seja um bem indispensável à sobrevivência, não podendo ter o seu fornecimento interrompido nem em caso extremo de guerra, o racionamento de água nas unidades prisionais brasileiras é uma realidade.

O relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2008 traz a triste realidade constatada em inspeções realizadas em diferentes estabelecimentos prisionais pelo país:

No presídio Urso Branco, de Porto Velho, em Rondônia, cada cela, com em média 25 homens, só tem direito a 12 litros de água por dia, apesar do calor insuportável. A água é colocada em garrafas de dois litros e levada para as celas pela manhã, e lá fica, o dia inteiro, sob o intenso calor. A CPI viu as garrafas e a água que havia dentro era turva, e obviamente, às duas da tarde, horário em que a CPI diligenciava, estava quente, tão quente que até borbulhava. Quando os 12 litros terminam? Azar. Ficam sem beber. O próximo “lote” só vem na manhã seguinte. Na quase totalidade das cadeias, a CPI constatou que o banho é frio. Chuveiros? Não existem. São canos de água de onde sai a água fria para o banho, a fim de economizar energia. Não ficam os “chuveiros” com água à disposição, não. Tem hora marcada: durante 1 hora ou 1 hora e meia a água sai do cano, depois é fechada. Como são muitos os presos, é preciso que o banho seja rápido. [...] Nas cadeias públicas superlotadas, como em Contagem, Minas Gerais, Valparaíso, Novo Gama, Formosa e Planaltina de Goiás, no Estado de Goiás, a situação é ainda mais crítica: três, quatro e até sete dezenas de homens,

⁴³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177-178.

espremidos em uma única cela, disputam no tapa os pingos de água que caem pelo buraco da parede.⁴³¹

Na realidade paulista, dados obtidos pelo NESC/DPESP, referentes a 130 inspeções feitas pelo núcleo em estabelecimentos prisionais paulistas no período de abril de 2014 a julho de 2019, apontam que 70,8% das unidades inspecionadas se utiliza da prática desumana e degradante de racionamento de água⁴³².

Dados de outras 14 inspeções realizadas entre julho e dezembro de 2020, dão conta do racionamento de água em 85,71% das unidades prisionais durante o período da pandemia, apesar das recomendações sanitárias preventivas, principalmente a de lavar as mãos frequentemente.

3.1.5 Assistência educacional e trabalho penitenciário

Tanto a educação quanto o trabalho são direitos sociais, previstos no artigo 6º, da CF.

Quanto à educação, a CF prevê, no artigo 205, que é direito de todos e dever do Estado, tendo como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, sendo que a assistência educacional compreende a instrução escolar e a formação profissional da pessoa presa (artigo 17, da LEP). Ainda, o ensino de 1º grau será obrigatório (artigo 18, da LEP) e o acesso à educação básica, que é universal e gratuita, é direito público subjetivo (artigo 108, inciso I e §1º, da CF). Já o ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, deverá ser implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização (artigo 18-A, *caput*, da LEP). Destarte, os estabelecimentos prisionais deverão ter uma biblioteca para uso de todas as categorias de presos (artigo 21)⁴³³.

Deve ser garantida a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando, nos termos do artigo 208, inciso VI, da CF, e artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

⁴³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 268.

⁴³² Idem. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4783560>. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁴³³ A Resolução nº 03/09 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) que estabelece as Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação nos estabelecimentos penais foi revogada pela Resolução nº 07/09, não se invalidando o seu conteúdo.

A Resolução nº 391/21, do CNJ⁴³⁴, estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade, discorrendo, inclusive, sobre a remição pela leitura.

Já a Portaria Conjunta nº 276/2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Diretoria Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, disciplinou o projeto “Remição pela Leitura” para os presos custodiados em penitenciárias federais⁴³⁵.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o direito à educação está previsto no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos artigos 13 e 14, do PIDESC, promulgado pelo Brasil (Decreto nº 591/92).

As Regras de Mandela preveem que a educação de analfabetos e jovens presos deve ser compulsória, e que a administração prisional deve dar especial atenção a isso (regra nº 104, item 1).

A Resolução nº 20/90 do Conselho Econômico e Social da ONU também trata da educação nas prisões⁴³⁶.

Quanto ao trabalho penitenciário, que deve ter finalidade educativa e produtiva, algumas observações merecem destaque, o que discorreremos a seguir.

O artigo 28, §2º, da LEP, estabelece que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Contudo, para Rodrigo Roig, tal dispositivo deve sofrer uma interpretação conforme a Constituição, haja vista que, se a Lei Maior, ao estabelecer os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º), não realizou qualquer distinção, destinando-os a todos; não pode uma norma infraconstitucional (e anterior) fazê-la. O mesmo raciocínio vale para a norma esculpida no artigo 29, da LEP, segundo a qual o trabalho do preso não pode ser inferior a três quartos do salário-mínimo, tendo em vista que o artigo 7º, inciso IV, da CF, ao conferir o direito ao salário mínimo, tampouco faz qualquer distinção em relação aos presos⁴³⁷. No mesmo sentido, o artigo 23, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê que “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual”.

⁴³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 391, de 10 de maio de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

⁴³⁵ Idem. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. **Portaria Conjunta nº 276 de 20 de junho de 2012**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/documentos/portaria_remissaopelaleitura.pdf/view>. Acesso em: 6 ago. 2021.

⁴³⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167.

⁴³⁷ Ibidem, p. 177-179.

Ainda, o trabalho penitenciário é tanto dever quanto direito do condenado. É dever, na medida em que o artigo 31, da LEP, estabelece que o condenado está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade, e que o artigo 39, inciso V, prevê que constitui dever do condenado a execução do trabalho, sendo que sua recusa constitui falta grave (artigo 50, inciso VI). Por outro lado, é direito, tanto quanto a sua remuneração (artigo 41, inciso II). Para Roig, “o inadimplemento estatal quanto à atribuição de trabalho aos presos faz surgir o direito à chamada remição ficta, a beneficiar aqueles que desejam trabalhar, mas não o fazem por absoluta falha do Estado”⁴³⁸.

Ademais, a jornada normal do trabalho do preso não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados (artigo 33, *caput*, da LEP).

O direito ao trabalho está previsto no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos artigos 6º e 7º do PIDESC.

Já as Regras de Mandela preveem, na regra nº 96, que os condenados devem ter a oportunidade de trabalhar e/ou participar ativamente de sua reabilitação (item 1), e que deve ser oferecido trabalho suficiente e útil aos presos, de modo a mantê-los ativos durante um dia normal de trabalho (item 2). Ainda, o trabalho oferecido, quando possível, deve manter ou aumentar a habilidade dos presos para que possam viver dignamente após a soltura (regra nº 98, item 1) e, para tanto, a organização e os métodos de trabalho nas unidades prisionais devem ser os mais parecidos possíveis com aqueles realizados fora da unidade, para, dessa forma, preparar os presos para as condições de uma vida profissional normal (regra nº 99, item 1). Por óbvio, os presos não podem ser mantidos em regime de escravidão ou servidão (regra nº 97, item 2).

A LEP dispõe sobre o instituto da remição de parte do tempo de execução da pena por trabalho ou por estudo (artigo 126, *caput*). No caso da remição por estudo, o §1º, inciso I, e o §2º do artigo 126 estabelecem que, a cada doze horas de estudo, que pode ser feito à distância, divididas em ao menos três dias, o condenado ganhará um dia de remição. Já um dia de remição por trabalho ocorre a cada três dias trabalhados (§1º, inciso I, do artigo 126).

Já o §3º permite a compatibilização dos horários de trabalho e de estudo (em que pese o legislador não mencionar a possibilidade de cumulação de remição pelo trabalho e pelo estudo), enquanto o §4º garante ao preso a continuidade da remição se, por acidente, ficar impossibilitado de prosseguir no trabalho ou nos estudos. Finalmente, a lei prevê um prêmio

⁴³⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 181. O mesmo argumento é utilizado para defender a remição ficta em caso de não oferecimento de vaga para estudo pelo estabelecimento prisional.

para o preso que concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena: o tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de um terço (§5º).

Contudo, a maioria dos presos não tem sequer a chance de estudar ou trabalhar, tendo em vista a falta de investimento em políticas públicas voltadas à reabilitação dos condenados.

Nesse sentido, o relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2015 ressalta que:

Segundo o Relatório divulgado pelo Ministério da Justiça, por exemplo, apenas 16% da população prisional do país trabalham, e somente 11% estudam.⁴³⁹

Ainda, consulta ao SISDEPEN demonstra que, no período de janeiro a junho de 2020, apenas 12,28% da população prisional estava inserida em atividade educacional⁴⁴⁰, ou seja, praticamente o mesmo número constante no relatório da CPI sobre o sistema carcerário de 2008 (13,23%). Percebemos, assim, que os números de presos estudando praticamente restaram inalterados na última década.

A mesma constatação se aplica ao direito ao trabalho, haja vista que, conforme o relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2008:

Informações colhidas por levantamentos efetivados em um diagnóstico realizado pelo Ministério da Justiça, em 2003, já denunciavam a situação crítica e caótica dos estabelecimentos penais em relação ao trabalho dos presos. Cotejados esses números com os que hoje se apresentam, conclui-se que a situação não se alterou: mais de 80% da população carcerária está ociosa, sem qualquer tipo de atividade educativa. Os menos de 18% dos presos que exercem algum trabalho são em atividades que têm pouco ou nenhum espaço no mercado consumidor, cada vez mais exigente. Na maioria dos estabelecimentos diligenciados, os poucos presos que trabalham exercem atividades artesanais sem expressão de mercado, como confecção de bolas de má qualidade, por exemplo, e em serviços internos dos estabelecimentos penais sem remuneração.⁴⁴¹

A referida CPI ainda constatou a ocorrência de exploração do trabalho do preso:

A CPI constatou brutal exploração dos presos por parte do Estado em diversas atividades de manutenção dos estabelecimentos, sem qualquer remuneração, oferecendo como contrapartida apenas a remissão. Em todos os estabelecimentos o Estado explora os presos nos trabalhos de cozinha, limpeza, distribuição de alimentos,

⁴³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório final da CPI do sistema carcerário**. Brasília: Câmara Federal, 2015, p. 217. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0hrep7nmpd2e51kiwoup1psaws1934470.node0?codteor=1366810&filename=REL+2/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015>. Acesso em: 17 jul. 2021.

⁴⁴⁰ Idem. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 7 ago. 2021.

⁴⁴¹ Idem. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 250.

serviços de pintura, reforma de prédios e outras atividades, às vezes com carga horária abusiva e ilegal.⁴⁴²

O CNMP, em seu estudo sobre o sistema carcerário, constatou que, dos 1.438 estabelecimentos pesquisados no território nacional, apenas 626 possuem biblioteca⁴⁴³.

3.1.6 Integridade física

A realidade carcerária demonstrada nos itens acima revela diversas nuances da violação à integridade física das pessoas presas no território nacional, especialmente no estado de São Paulo, dentro de um contexto de execução desumana, degradante e cruel das penas privativas de liberdade.

Neste tópico, cumpre-nos fazer apontamentos sobre a integridade física do preso sob o enfoque da proibição de tortura⁴⁴⁴ e de tratamento desumano e degradante perpetrados por agentes estatais em relação às pessoas presas.

Repisamos, a garantia de não submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante está prevista no artigo 5º, inciso III, da CF; a tutela da integridade física e moral das pessoas presas está prevista no inciso XLIX, e a proibição de penas cruéis está estampada no inciso XLVII, alínea *e*. Ainda, o inciso XLIII estipula que a prática de tortura configura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, por ela respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-la, se omitirem.

Já a LEP dispõe que as autoridades devem respeitar a integridade física e moral das pessoas presas (artigo 40), proibindo expressamente a aplicação de sanções disciplinares que

⁴⁴² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 250, p. 250.

⁴⁴³ Idem. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021, p. 63.

⁴⁴⁴ A Lei nº 9.455/97, ao capitular o crime de tortura, assim estabelece: “Artigo 1º: Constitui crime de tortura: [...] II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”. Ademais, o artigo 1º, da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura, promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto Presidencial nº 40/91, conceitua tortura como “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

coloquem em perigo a integridade física e moral do condenado, sendo vedado o emprego de cela escura e as sanções coletivas (artigo 45, §§2º e 3º).

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos no Brasil dispõem que as sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e a dignidade pessoal do preso (artigo 23, parágrafo único), proibindo sanções disciplinares, castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura (artigo 24). O artigo 28 prevê que as medidas coercitivas poderão ser aplicáveis, exclusivamente, para o restabelecimento da normalidade, cessando, imediatamente, após atingida a sua finalidade. Já o artigo 29, inciso III, estipula que os meios de coerção, tais como algemas e camisas de força, só poderão ser utilizados (salvo em risco de fuga ou por motivo de saúde, a pedido médico) em circunstâncias excepcionais, quando for imprescindível o seu uso em razão de perigo eminente para a vida do preso, do servidor ou de terceiros.

No âmbito internacional, conforme vimos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que nenhuma pessoa será submetida à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (artigo 5º).

O PIDCP, a seu turno, também prevê a proibição à tortura, a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes em relação a qualquer pessoa (artigo 7º). No que tange especificamente às pessoas privadas de liberdade, dispõe que elas devem ser tratadas com humanidade e respeito à dignidade que é inerente à pessoa humana (artigo 10º, item 1).

Cumprе salientar que o Brasil, por meio do Decreto Presidencial nº 6.085/07⁴⁴⁵, promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura, que estabelece, no artigo 17º, a obrigação de que cada Estado-Parte crie um ou mais mecanismos nacionais independentes para a prevenção da tortura em nível doméstico. Dessa forma, a Lei nº 12.847/13⁴⁴⁶ instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT) e criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura⁴⁴⁷, órgão da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República responsável pela prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas

⁴⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 6.085/07, de 19 de abril de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm>. Acesso em: 6 ago. 2021.

⁴⁴⁶ Idem. Presidência da República. **Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 6 ago. 2021.

⁴⁴⁷ O Decreto-Presidencial nº 9.831/19, que remanejou os cargos do MNPCT para o Ministério da Economia, exonerou os ocupantes e tornou a participação no MNPCT não remunerada é objeto da ADPF nº 607, ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), que pleiteia liminarmente a suspensão da eficácia do decreto e, no mérito, a declaração de sua inconstitucionalidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 607**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5741167>>. Acesso em: 06 ago. 2021.

cruéis, desumanos ou degradantes, prevendo, ainda, a possibilidade de criação de Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT) no âmbito estadual.

As Regras de Mandela, preveem, logo de início, que “nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância” (regra nº 01); destarte, dispõem que nenhuma pessoa presa poderá ser punida injustamente e sem observância do devido processo legal (regra nº 39, item 1), e que sanções disciplinares não podem, em nenhuma hipótese, implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes (regra n. 43, item 1).

No âmbito do sistema interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 5º, item 1, prevê que toda pessoa tem o direito de ter sua integridade física, psíquica e moral respeitada; já o item 2 dispõe sobre a proibição a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, dispondo que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade que lhe é inerente.

Entretanto, tais normas tampouco são observadas no Brasil.

O relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2008 ressalta que o uso de armas não letais como instrumentos de coerção “deve ser normatizado e controlado para não virarem instrumentos de tortura ou terem seu empregado banalizado”⁴⁴⁸. No relatório não consta qualquer apuração concreta sobre a utilização de violência física ou moral por agentes estatais no cumprimento das penas privativas de liberdade.

O CNMP, em seu estudo sobre o sistema carcerário, constatou que, das 1.438 unidades prisionais pesquisadas em 2015, houve, naquele ano, 73 suicídios, 164 homicídios, 954 mortes, 5.520 presos com ferimentos e 2.498 lesões corporais⁴⁴⁹. O estudo não especifica se alguma dessas lesões foi perpetrada por agentes estatais.

Em informe sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, aprovado em 12 de fevereiro de 2021 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o órgão destaca as diversas denúncias sobre tortura e tratamentos desumanos e degradantes cometidos nas unidades prisionais por agentes carcerários, sobretudo por agentes de forças especiais de custódia, como o Grupo de Intervenção Rápida (GIR) e o Grupo de Inteligência Tática (GIT):

⁴⁴⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), p. 473.

⁴⁴⁹ Idem. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021, p. 59.

Com relação às ações dessas forças especiais, a Comissão recebeu recentemente denúncias sobre o uso excessivo da força e maus-tratos cometidos pelo GIR em São Paulo, a Força-Tarefa de Intervenção Prisional no Rio Grande do Norte e GIRs em outros estados do país. Em particular, segundo informações da sociedade civil, destaca-se o uso de cães treinados para assustar os detentos; inspeções vexatórias de mulheres; dano a pertences dos internos; uso de balas de borracha, gás de pimenta e gás lacrimogêneo indiscriminadamente; além de punições e espancamentos coletivos. A CIDH recorda que o Comitê das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura já havia se pronunciado sobre isso, tendo recebido “várias queixas sobre o uso da força por unidades especiais da polícia militar que realizam intervenções nas prisões”. A Comissão toma nota com preocupação sobre o fato de um crescente uso dessas operações poderiam ter relação com técnicas punitivas de forma extrajudicial às pessoas privadas de liberdade, bem como a adoção de regimes disciplinares de exceção e suspensão de direitos.⁴⁵⁰

O documento destaca, ainda, a subnotificação das práticas de tortura e maus-tratos nas prisões brasileiras sofridas pelas pessoas presas, por medo de represália, o que seria um indicativo de que essa violação de direitos humanos tende a ser ainda mais gravosa.

No que se refere à realidade paulista, segundo apontado pelo NESC/DPESP, em suas alegações finais na ADPF nº 347⁴⁵¹, verificou-se, a partir da compilação das entrevistas realizadas com os presos durante as inspeções realizadas, que, em 55% das unidades prisionais inspecionadas, as pessoas presas responderam afirmativamente quando indagadas se possuíam conhecimento sobre a ocorrência de agressão por agentes penitenciários.

Já no que tange ao questionamento de incursão recente do GIR⁴⁵², os presos responderam afirmativamente em 65% das unidades prisionais inspecionadas. Quanto à atuação do GIR, em apenas 1,4% das unidades prisionais nas quais houve o ingresso do GIR, narrou-se não ter ocorrido qualquer intercorrência. Finalmente, quanto às violações de direitos narradas, em 39,5% das unidades houve denúncia de agressões físicas; em 24,8%, de destruição ou confisco

⁴⁵⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021, p. 76. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2021.

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁴⁵² O GIR foi instituído no estado de São Paulo por meio da Resolução SAP nº 69/04, com alterações das Resoluções SAP nº 155/09 e 262/09. Já Resolução SAP nº 223/10 dispõe sobre a instituição de instrumento denominado Normas Gerais de Ação, que regulamenta e padroniza as funções exercidas pelos integrantes do GIR e das Células de Intervenção Rápida. O artigo 2º, da Resolução SAP nº 69/04, estabelece que o GIR atuará em operações como revistas especiais em celas e demais dependências para localização de armas de fogo, aparelhos de telefonia móvel celular, substâncias entorpecentes, outros objetos não permitidos e túneis, combate a movimentos de indisciplina, revoltas, motins, rebeliões e tentativas de fuga, além de remoção interna de presos. A constitucionalidade do GIR é duvidosa, haja vista que ele é disposto como agente de segurança pública, por meio de mera resolução, sem previsão constitucional, isto é, não está previsto no artigo 144, da Constituição Federal, que apresenta rol taxativo de órgãos de segurança pública.

de pertences dos presos; em 21%, de xingamentos; em 20,4%, do uso de cães para ameaças ou para de fato atacar os presos com mordidas; em 19,1%, de lançamento de bombas de gás e, em 5,7% das unidades, houve denúncias de torturas ao longo da atuação do GIR de maneira específica.

É importante observar que as alegações finais do NESC estão instruídas com fotos de presos segurando diversas balas de borracha que foram utilizadas pelo GIR dias antes da inspeção, bem como de presos mostrando marcas de tiros de balas de borracha pelo corpo.

A título de exemplo, houve dois grandes episódios de violência coletiva perpetrada pelo GIR, que culminaram com a intervenção em janeiro de 2014, no Centro de Detenção Provisória de Taubaté e, em maio de 2014, na Penitenciária II de Potim. É certo que:

As duas ocorrências deixaram centenas de presos agredidos, com lesões devidamente certificadas por laudos periciais do Instituto Médico Legal, somados aos testemunhos judiciais dos detentos, que narraram castigo coletivo, nudez coletiva, corredor polonês, cacetadas, bombas, chutes, socos, em operações que duraram cerca de 7 (sete) horas. Nada de reféns, de armas, de motim, de rebelião. A violência se demonstrou gratuita.⁴⁵³

Em que pese essa infeliz realidade, percebemos que o estado de São Paulo não possui Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT), haja vista que o governo paulista vetou o Projeto de Lei nº 1.257/14, que pretendia criar esse mecanismo a nível local⁴⁵⁴.

Finalmente, o tema gera grande preocupação a nível internacional, sendo objeto de atenção tanto no âmbito da ONU quanto no plano da CIDH⁴⁵⁵.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Saulo Dutra de. Grupo de intervenção rápida, violência oficial nas prisões e direito penal.

Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 269, abr. 2015, p. 13-14.

⁴⁵⁴ FERREIRA, Victor. Doria veta criação de comitê contra tortura em São Paulo. **G1 SP**, São Paulo, 17 jan. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/01/17/doria-veta-criacao-de-comite-contra-tortura-em-sao-paulo.ghtml>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

⁴⁵⁵ Nesse sentido: NACIONES UNIDAS. **Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**. Disponível em: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsgvDz3SQy0TX%2F2ipA5CN39ga3g0pUa9A8tPel9Tu7aPZOue%2F2SsskFrSetjRAYwni%2FxoQLPbcEw7iajUleq9Jd0XPLT AwJqaX4Ulq%2F8%2FfBch>>. Acesso em: 6 ago. 2021. Ainda: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Observaciones preliminares de la visita in loco de la CIDH a Brasil**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPesp.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

3.2 Princípio da *less eligibility* (menor elegibilidade)

Já advertia Eugenio Raúl Zaffaroni que as normas constitucionais e legais vigentes em cada época pouco contribuem em termos informativos para aqueles que desejam conhecer a realidade social, haja vista a esquizofrenia entre a lei e a realidade⁴⁵⁶.

Conforme vimos neste capítulo, há um grande descompasso entre o estatuto jurídico garantidor dos direitos dos presos e a realidade carcerária brasileira. Resta cristalina a ausência de investimento público no aprisionamento e na pretensa reabilitação do condenado, conforme o discurso legitimador da pena.

Nesse sentido, assevera Cláudio do Prado Amaral que:

As gritantes discrepâncias de hoje entre, de um lado, as garantias constitucionais e os dispositivos inscritos na Lei de Execução Penal, e de outro lado, a realidade carcerária, são tão antigas quanto à primeira Constituição brasileira. Enquanto as normas jurídicas exigem a utilidade e a humanidade da pena privativa de liberdade, a estrutura de cumprimento da pena de prisão é desumana e desprovida de qualquer finalidade que não seja o mais puro e absoluto castigo.⁴⁵⁷

O autor aponta que o argumento frequentemente utilizado para justificar a falta de investimento público para a construção de novas vagas e de melhor aparelhamento é a falta de recursos, haja vista que, em um país pobre, estes devem ser empregados em áreas prioritárias da política de desenvolvimento, a exemplo da educação, saúde e infraestrutura; entretanto, tal argumento é falacioso, na medida em que, mesmo em épocas de progresso econômico e material, percebemos a falta de investimentos no sistema penitenciário pelo Brasil e sobretudo pelo estado de São Paulo⁴⁵⁸.

Por trás do discurso oficial, podemos apontar a conformação social, tendo em vista que a sociedade, de um modo geral, tampouco se importa com o que ocorre dentro dos muros da prisão, desde que os criminosos estejam bem trancados, bem como a não consideração do condenado como um semelhante, dotado da dignidade inerente à pessoa humana⁴⁵⁹,

⁴⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. América Latina: Análisis regional. Proceso penal y derechos humanos. Códigos, Principios y Realidad. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El proceso penal**. Sistema penal y derechos humanos en Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y España. México: Porrúa, 2000, p. 1-24.

⁴⁵⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 104.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 105.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 105-106.

aproximando-se da figura do *homo sacer*, que nada mais é do que vida nua, desprovida de seu contexto humano e social⁴⁶⁰.

Outro fundamento é que os presos carecem de representação política direta, em razão da suspensão de seus direitos políticos enquanto perduram os efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do artigo 15, inciso III, da CF.

Desse modo, o debate acerca da melhoria das condições do sistema carcerário brasileiro enfrenta o que os cientistas políticos denominam de “ponto cego legislativo”⁴⁶¹.

Assim, constatamos a plena aplicação do princípio da *less eligibility* (isto é, da menor elegibilidade)⁴⁶², pelo qual as condições de vida no cárcere devem ser muito piores do que as condições de vida do mais miserável dos operários livres, o que acaba determinando os rumos da política criminal e, por consequência, o regime de “sofrimento legal” imposto aos apenados, conforme analisamos anteriormente.

Desse modo, a realidade carcerária brasileira revela o que Michel Foucault chamou de fundo “supliciante” (ou seja, um resquício dos malfadados suplícios), nos modernos mecanismos da justiça criminal, envolvido, cada vez mais, por uma penalidade incorpórea, qual seja, a alma do criminoso:

A crítica ao sistema penitenciário, na primeira metade do século XIX (a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos têm menos fome, menos frio e privações que muitos pobres ou operários), indica um postulado que jamais foi efetivamente levantado: é justo que o condenado sofra mais que os outros homens? A pena de dissocia totalmente de um complemento de dor física. Que seria então um castigo incorporeal? Permanece, por conseguinte, um fundo “supliciante” nos modernos mecanismos da justiça criminal – fundo que não está inteiramente sob controle, mas envolvido, cada vez mais amplamente, por uma penalidade do incorporeal.⁴⁶³

⁴⁶⁰ MARTINS, Jília Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**: biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 62. Conforme aponta Ana Paula de Barcellos, a explicação para a permanência do caos do sistema prisional brasileiro, a despeito de todas as normas protetivas, pode ter como pressuposto a adoção de uma concepção de dignidade não ontológica pela maior parte da sociedade brasileira, segundo a qual a dignidade está muito mais vinculada ao que a pessoa tem ou faz do que ao fato de se tratar de um ser humano. Desse modo, o preso, por haver cometido crime (ou estar sendo acusado de conduta criminosa), não seria titular de dignidade, isto é, perderia o direito à vida digna ou mesmo à condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, n. 254, p. 39-65, 2010, p. 39-65).

⁴⁶¹ Conforme apontado pelo relator ministro Marco Aurélio, em seu voto no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, que destaca, ainda, que “a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindicuem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo”.

⁴⁶² Em outras palavras, o investimento para a melhoria das condições de cumprimento da pena de prisão é pouco elegível, ficando, desde sempre, em segundo plano no que tange à implementação de políticas públicas.

⁴⁶³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 20.

Feitas essas considerações, passemos à análise do julgamento da ADPF nº 347, que trata do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativo ao sistema penitenciário brasileiro.

3.3 O Estado de Coisas Inconstitucional

A ADPF nº 347, ajuizada em maio de 2015 pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), pleiteia a declaração pelo STF de que o sistema penitenciário brasileiro constitui um ECI, a fim de que a Corte determine à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, um dos principais defensores da aplicação do instituto no Brasil, que:

A maior novidade do pedido formulado na ADPF 347 é a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Mas o que vem a ser isso? Quais são os pressupostos de configuração? Quais os efeitos do reconhecimento para atuação de cortes constitucionais ou supremas? O instrumento oferece alguma vantagem em comparação aos remédios tradicionais?⁴⁶⁴

Assim, passemos à análise do instituto, cuja abrangência se limitará aos principais precedentes e à adoção no Brasil, no bojo da ADPF nº 347.

3.3.1 Precedentes

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é uma teoria criada e desenvolvida, ao largo de uma série de acórdãos, pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), sendo que a primeira vez em que a CCC declarou o ECI foi na *Sentencia de Unificación SU-559*, proferida em 1997⁴⁶⁵.

É certo que a CCC fixou três requisitos essenciais à configuração do ECI.

⁴⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?imprimir=1>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴⁶⁵ Ibidem. Sobre o teor da decisão, aponta Campos: “Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um ‘dever de colaboração’ com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias”.

O primeiro deles, no plano dos fatos, preceitua que deve haver a constatação de uma violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas, não se tratando de um quadro de mera proteção deficiente. O segundo requisito, que se situa no plano dos fatores, exige a existência de uma “falha estatal estrutural”, decorrente de ações e omissões estatais sistêmicas que, a seu turno, geram tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e agravamento da situação, aparentemente insuperável. Finalmente, o último requisito, no plano dos remédios, exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a uma pluralidade destes para que possa haver a superação dessas violações⁴⁶⁶.

Conforme aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, as cortes constitucionais, ao declararem o ECI, estarão diante de um “litígio estrutural”, que requer a adoção de “remédios estruturais”, inclusive com interferência na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações orçamentárias, coordenando as medidas concretas imprescindíveis para a superação do estado de inconstitucionalidade, de modo a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas e dos instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional⁴⁶⁷.

As cortes constitucionais devem, portanto, se valer de um ativismo judicial estrutural, que atenda a dois objetivos principais: superar entraves políticos e institucionais e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do ECI⁴⁶⁸. Para tanto, as cortes constitucionais devem:

[...] adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico.⁴⁶⁹

Os dois casos mais paradigmáticos da CCC acerca do ECI revelam uma mudança de postura da corte. Enquanto no primeiro caso, que tratou do sistema carcerário, a corte adotou uma posição de supremacia judicial e fracassou; no segundo caso, sobre o deslocamento forçado

⁴⁶⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?imprimir=1>>. Acesso em: 10 ago. 2021; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"? **Revista Consultor Jurídico**, out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴⁶⁷ CAMPOS, set. 2015, op. cit.

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ Ibidem.

de pessoas, partiu de um ativismo estrutural dialógico, e contribuiu efetivamente para a melhoria da situação⁴⁷⁰. Passemos brevemente a eles.

Na *Sentencia de Tutela (T)* 153, de 28 de abril de 1998, a CCC declarou o ECI relativo ao sistema penitenciário colombiano, que traduzia uma “tragédia diária dos cárceres”. A ação de tutela discutia a superlotação e as condições humanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Contudo, apoiando-se em dados e estudos empíricos, a corte entendeu que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário possuíam abrangência nacional, sendo de responsabilidade de um conjunto de autoridades⁴⁷¹.

Na sentença, a CCC:

[...] declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país. A execução dessas ordens não alcançou, todavia, grande sucesso. Os principais defeitos acusados foram a pouca flexibilidade das ordens, especialmente, em face dos “departamentos” locais, e a falta de monitoramento, pela própria corte, da fase de implementação da decisão.⁴⁷²

Já na *Sentencia T-025*, de 2004, a CCC, ao analisar conjuntamente 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados:

[...] declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos. As ordens foram flexíveis e dirigidas a um número elevado de autoridades públicas e, dessa vez, surtiram bons efeitos práticos porque a corte dialogou com os outros poderes e a sociedade sobre a adequação das medidas durante a fase de implementação.⁴⁷³

Assim, a CCC adotou um ativismo estrutural dialógico, sem impor o conteúdo das políticas públicas a serem implementadas. Para tanto, convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores públicos e da sociedade civil, para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas, acompanhando durante seis anos a realização concreta destas. Em razão dessa postura da CCC, o caso do deslocamento forçado é considerado

⁴⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?imprimir=1>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴⁷¹ Ibidem.

⁴⁷² Ibidem.

⁴⁷³ Ibidem.

um bom exemplo de aplicação da teoria do Estado de Coisas Constitucional, tendo em vista que “antes totalmente ignorado, sem qualquer atenção estatal e da própria sociedade, o problema da falta de direitos básicos da população, quando deslocada forçadamente, é hoje um mal combatido”⁴⁷⁴.

Feitas essas importantes considerações, interessa-nos a análise da adoção da teoria no Brasil, mormente no julgamento da ADPF nº 347, que trata do sistema carcerário brasileiro.

3.3.2 Adoção no Brasil

Em que pese a intervenção judicial na implementação de políticas públicas já ser admitida há certo tempo pelos tribunais superiores, a teoria do ECI e sua aplicabilidade no Brasil representam uma novidade, que começou a ser propriamente discutida no âmbito do STF em 2015, em sede do julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, que reconheceu que no sistema penitenciário brasileiro vige um ECI⁴⁷⁵, sendo que analisamos tal decisão no próximo tópico.

De qualquer modo, cumpre-nos apontar duas objeções à aplicabilidade da teoria no Brasil, extraídas das sustentações orais contrárias na ocasião do julgamento da medida cautelar na referida ADPF, quais sejam, a ausência de legitimidade democrática e institucional do STF para adotar as medidas pleiteadas⁴⁷⁶.

A objeção democrática diz respeito ao fato de que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos pela sociedade brasileira, de modo que não possuem legitimidade representativa para substituir politicamente as decisões políticas discricionárias feitas pelos membros dos demais poderes, democraticamente eleitos⁴⁷⁷.

Contudo, Carlos Alexandre de Azevedo e outros defensores da teoria defendem o afastamento de tal alegação, na medida em que, no caso de constatação de um ECI:

[...] o ativismo judicial estrutural se apresenta como o último mecanismo de concretização da vontade constitucional em cenários de absoluta incapacidade ou desinteresse do legislador e do administrador público em promover e defender direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e na perspectiva do núcleo essencial que

⁴⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?imprimir=1>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴⁷⁵ SOUZA, Marcio Scarpim de. Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 111, jan./fev. 2019.

⁴⁷⁶ CAMPOS, op. cit.

⁴⁷⁷ SOUZA, op. cit.

assegura o mínimo existencial para a dignidade humana das vítimas no contexto de um ECI.⁴⁷⁸

Assim, a declaração do ECI e a imprescindível adoção de decisões heterodoxas, necessárias ao estabelecimento de uma realidade constitucional, se revela como *ultima ratio* do guardião máximo da CF e dos direitos e garantias fundamentais.

Já a objeção institucional se refere à ausência de *expertise* dos magistrados para conceber e executar as políticas públicas necessárias para a superação do ECI⁴⁷⁹.

Não obstante, essa objeção só prevalecerá se a corte não optar pela via dialógica do instituto. Assim, a corte deve exercer um ativismo judicial estrutural dialógico, conforme anteriormente apontado, e não um “estado de arrogância institucional”⁴⁸⁰.

Feitas essas considerações, e compartilhando do entendimento pela possibilidade de aplicabilidade do instituto no Brasil, passemos à análise do julgamento da ADPF nº 347.

3.3.2.1 Reconhecimento pelo STF no julgamento da ADPF nº 347

A ADPF nº 347, ajuizada em maio de 2015 pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), pleiteia a declaração pelo STF de que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da CF e, em especial, direitos fundamentais dos presos, configurando um “Estado de Coisas Inconstitucional”, além da adoção de uma série de providências.

Preliminarmente, o STF reconheceu o preenchimento dos requisitos para a admissão da ADPF⁴⁸¹.

Quanto ao primeiro requisito, da demonstração de ameaça ou efetiva lesão a preceito fundamental, no julgamento da liminar, o Plenário reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, com violação a diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III; 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX, LXXIV; e 6º), normas internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção

⁴⁷⁸ SOUZA, Marcio Scarpim de. Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 111, jan./fev. 2019.

⁴⁷⁹ Ibidem.

⁴⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?imprimir=1>>. Acesso em: 10 ago. 2021

⁴⁸¹ Conforme a Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF.

Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a Lei Complementar nº 79/1994, que criou o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

No que tange ao segundo requisito, de existência de atos comissivos ou omissões do Poder Público, seja de natureza administrativa, normativa ou judicial, é certo que a corte reconheceu a responsabilidade por atos comissivos e omissivos tanto da União quanto dos estados-membros, nas esferas administrativa, legislativa e judiciária.

Conforme apontado no voto do ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº 347:

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.⁴⁸²

Finalmente, quanto ao terceiro requisito, o da subsidiariedade, segundo o qual a ADPF só é cabível quando inexistir outra via eficaz para sanar lesão ou evitar a concretização da ameaça, “também foi reconhecido pelo STF, tendo em vista não haver, no âmbito do direito constitucional brasileiro, outra via processual apta a solucionar o ECI com a devida amplitude, generalidade e imediatividade”⁴⁸³.

No mérito, ao analisar as medidas cautelares, o STF reconheceu o ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro e, por maioria, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas, apenas para deferir os pedidos das alíneas *b* (realização das audiências de custódia)⁴⁸⁴ e *h* (liberação das verbas do FUNPEN), conforme a seguinte ementa:

⁴⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 18 jul. 2021. O ministro Marco Aurélio, a respeito da responsabilidade do Poder Legislativo, dá como exemplo a CPI do sistema penitenciário que, não obstante ter permitido a constatação de diversas inconstitucionalidades decorrentes das péssimas condições do sistema carcerário nacional e a notificação de diversas autoridades a respeito, não se revelou suficiente para que fossem envidados esforços e propostas para melhorá-lo.

⁴⁸³ SOUZA, Marcio Scarpim de. Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 111, jan./fev. 2019.

⁴⁸⁴ Ao obrigar juízes e tribunais a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, o STF fez valer normas de direito internacional de direitos humanos que há décadas já se encontravam incorporadas ao direito brasileiro, por meio dos Decretos Presidenciais nº 592 e 678, ambos de 1992. Nesse sentido, “o tempo em que judiciário levou para reconhecer que havia uma lei obrigando ao próprio judiciário ouvir o preso imediatamente após a prisão já demonstra a dificuldade e a resistência que tal norma encontra no seio do mesmo judiciário” (VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 32).

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. *Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.* FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF nº 347. Ministro relator Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 09 de setembro de 2015 – grifo nosso).

As cautelares que previam que fosse determinado aos juízes e tribunais que motivassem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no artigo 319, do CPP (alínea *a*), e que passassem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário nacional no momento de concessão de cautelares penais e na aplicação e execução da pena (alínea *c*) foram indeferidas, vencidos os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, o mesmo ocorrendo em relação à medida cautelar que pleiteava o reconhecimento de que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, de modo que a preservação da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe a aplicação pelos juízes brasileiros, sempre que possível, de penas alternativas à prisão (alínea *d*)⁴⁸⁵.

Já as medidas cautelares que pretendiam o reconhecimento de que o juiz da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e

⁴⁸⁵ Conforme salienta Luís Carlos Valois, os ministros que indeferiram as medidas cautelares que diziam respeito à obrigação de os juízes levarem em conta o colapso do sistema carcerário, em seus fundamentos, demonstraram preocupação com a quantidade de reclamações que poderiam surgir caso tais medidas fossem deferidas; ademais, ao asseverarem que o juiz já teria o dever de levar em conta a situação das prisões brasileiras na hora de proferir suas decisões – razão pela qual não seria necessário que tal dever se revestisse de medida cautelar vinculante –, olvidaram-se do fato de que, mesmo decisões vinculantes, no campo prisional, quando são protetivas dos direitos dos presos, têm dificuldade de aplicação, a exemplo da Súmula Vinculante nº 11; entretanto, ainda que sem caráter vinculante, “a orientação do STF, foi sim para que os juízes levassem o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário em consideração, seja porque assim ficou declarado nos votos, seja porque o estado de coisas inconstitucional foi expressamente reconhecido” (VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 23-24).

direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena (alínea *e*), bem como de abater o tempo de prisão da pena a ser cumprida (alínea *f*), quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção, foram indeferidas de maneira unânime, sob o argumento central de que a disciplina legal que estipula os períodos necessários para a obtenção dos benefícios na execução da pena, bem como o tempo de pena a cumprir não podem ser flexibilizados em abstrato⁴⁸⁶.

Finalmente, a medida cautelar prevista na alínea *g*, que pretendia que fosse determinado ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução em curso no país, foi julgada prejudicada pela maioria.

⁴⁸⁶ Tal fundamento não parece muito fidedigno, haja vista que “nem o legislador acredita mais na rigidez dos períodos necessários para a progressão de regime, tanto é que na Lei 12.850/13, conhecida como lei do crime organizado, relativizou qualquer período para a progressão em benefício do preso incluído na colaboração premiada, o qual “poderá ter a pena reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos” (§5º do art. 4º), no caso de colaboração posterior à sentença” (VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 26-27). Valois ressalta que, enquanto a superlotação e todas as suas consequências se aproximam mais da ideia de culpa do Poder Executivo, que deveria disponibilizar mais vagas e melhores condições, o fenômeno do superencarceramento demonstra que há grande responsabilidade do Poder Judiciário na situação prisional, sendo que de nada vale jogar a culpa apenas nas primeiras instâncias do judiciário, mais frágeis, se a Maior Corte, na mesma decisão e de modo contraditório, apesar de haver reconhecido que as prisões brasileiras são inconstitucionais, ilegais e ferem a dignidade da pessoa humana, entendeu possível que pessoas fiquem encarceradas nessas prisões (Ibidem, p. 20). Isto é, o STF, ao indeferir as medidas cautelares previstas nas alíneas *e* e *f*, desconsiderou a ideia de *pena real*, ou seja, a pena efetivamente cumprida nas condições desumanas demonstradas neste capítulo, e que deveria ser levada em conta pelo juiz de conhecimento na ocasião da aplicação da pena, e pelo juiz da execução na hora da avaliação dos direitos previstos, tais como a progressão de regime e o livramento condicional, implicando uma redução proporcional do valor nominal da pena, de forma a equiparar a aflição ficta à aflição real. Nesse sentido foi o parecer de Juarez Tavares após consulta de Daniel Sarmento, subscritor da ADPF nº 347 (TAVARES, Juarez. Juarez Tavares diz que não se pode prender no Brasil. Falta responsabilidade do Estado e de seus magistrados. **Empório do Direito**, 30 dez. 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados#:~:text=Juarez%20Tavares%20diz%20que%20n%C3%A3o,seus%20magistrados%20%2D%20Em p%C3%B3rio%20do%20Direito>>. Acesso em: 17 ago. 2021). Nesse mesmo sentido, a CIDH, por meio da Resolução de 28 de novembro de 2018, deferiu medida provisória no caso “Plácido de Sá Carvalho versus Brasil” (sobre o qual discorreremos ao tratarmos sobre o princípio do *numerus clausus*) para, a partir da ideia de pena real, fixar critérios compensatórios, determinando, no item 6, que o Estado computasse em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Complexo de Curado, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou que não tenham sido por eles condenadas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil. Medidas Provisionales. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018**. San José/Costa Rica: CIDH, 2018). Assim, em cumprimento à sentença da CIDH, a 5ª Turma do STJ, no julgamento do RHC nº 136961/RJ, em 15 de junho de 2021, manteve a decisão monocrática do ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca, que concedeu a ordem de HC para que fosse efetuado o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Em suma, e ainda com maior razão dado o reconhecimento pelo STF do ECI do sistema penitenciário brasileiro, deve ser aplicada a teoria redutora de danos na execução penal pela qual há “um autêntico dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas, sejam elas condenadas ou não” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 28).

Destarte, o tribunal, por maioria, deferiu medida cautelar de ofício para determinar à União e aos estados, e especificamente ao estado de São Paulo, que encaminhassem à corte informações sobre a situação prisional.

Ainda não houve julgamento do pedido definitivo, a fim de que seja julgada procedente a ADPF para, em apertada síntese, declarar o ECI do sistema penitenciário brasileiro, confirmar as medidas cautelares pleiteadas e determinar ao Governo Federal que encaminhe, em até três meses, um plano nacional a ser implementado em três anos visando à superação do ECI do sistema penitenciário brasileiro, que verse necessariamente sobre: redução da superlotação dos presídios, bem como a contenção e reversão do processo de hiperencarceramento; diminuição do número de presos provisórios; adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes; efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nas unidades prisionais; adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

Pleiteia-se, ainda, que o Plano Nacional, seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas, e objeto de deliberação pelo STF, a fim de que seja homologado com ou sem medidas complementares que a corte reputar necessárias para a superação do ECI.

A ADPF pleiteia, outrossim, a elaboração de planos estaduais e distrital, seguindo os mesmos moldes, bem como que o STF assuma a incumbência de monitorar a implementação do plano nacional e dos planos estaduais e distrital, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o ECI do sistema prisional brasileiro⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4783560>. Acesso em: 18 jul. 2021.

Assim, percebemos que os subscritores da ADPF se inspiraram na experiência bem-sucedida da Corte Constitucional Colombiana, conforme vimos anteriormente.

O STF, a seu turno, também indicou preferência pelo ativismo judicial estrutural dialógico, conforme trecho do voto do ministro relator Marco Aurélio:

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações.⁴⁸⁸

Esperamos que tal posicionamento seja mantido na ocasião do julgamento dos pedidos definitivos.

⁴⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347**: alegações finais da DPESP. 25 maio 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

4 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL

4.1 Órgãos da execução penal

Como vimos, a atual situação carcerária brasileira configura um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), cuja responsabilidade, conforme mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das medidas cautelares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, é tanto da União quanto dos estados-membros, nas esferas administrativa, legislativa e judiciária.

Contudo, parece correta a afirmação de que há uma responsabilidade social por tal situação, haja vista que a sociedade, de um modo geral, não se importa com o que ocorre dentro dos muros da prisão, e tampouco considera as pessoas privadas de liberdade dignas de tratamento minimamente decente. Não nos olvidemos também da responsabilidade da mídia, que dissemina discursos alarmistas e que serve de mote à inflação legislativa que aumenta ainda mais o aparato punitivo.

De qualquer modo, certo é que tal Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) evidencia a absoluta irracionalidade (e ilegitimidade) do sistema prisional brasileiro. Diante de tais constatações, resta imperiosa a adoção de um programa de redução de danos e dores sentidos pela população carcerária.

Nesse ponto, salientamos que, em que pese o voto do ministro relator Marco Aurélio no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347 indicar a possibilidade de superação do estado de inconstitucionalidades, ainda que por meio de um ativismo judicial estrutural dialógico, entendemos que o ECI é insanável, pois diz respeito a um sistema prisional que é ilegítimo e desgovernado, ante o fenômeno do encarceramento massivo. Assim, medidas redutoras de danos não têm o condão de torná-lo menos inconstitucional – pois ou ele é todo inconstitucional ou é constitucional –, mas tão somente a estreitá-lo, reduzindo ao máximo os danos por ele produzidos, sendo essa a postura que deve ser adotada pelos órgãos da execução penal.

Acerca da abrangência de uma política criminal redutora de danos e do papel dos operadores do direito, sob uma perspectiva ética, valemo-nos das lições de Salo de Carvalho:

O projeto de redução dos danos decorrentes da punitividade atinge todas as fases de sua individualização, no esforço de redefinir critérios de sua cominação, aplicação e execução, a partir da observância dos postulados constitucionais de proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso. Especificamente na aplicação da pena, direciona na objetivação dos fundamentos e requisitos judiciais; na execução penal, postulando a jurisdicionalização absoluta, capacita o direito e o

processo penal para controlar práticas desregulamentadas do direito penitenciário e criminologia administrativa. Permite, finalmente, ao operador preocupado em minimizar os danos do sistema punitivo, atuar ciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando sua ação a neutralizar ao máximo o efeito da prisionalização e a vulnerabilidade do indivíduo submetido ao sistema executivo.⁴⁸⁹

Nesse contexto, é importante destacar o papel dos órgãos da execução penal, previstos no artigo 61, da Lei de Execução Penal (LEP). São eles: I - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - Juízo da Execução; III - Ministério Público; IV - Conselho Penitenciário; V - Departamentos Penitenciários; VI - Patronato; VII - Conselho da Comunidade; VIII - Defensoria Pública.

Os órgãos da execução penal possuem diferentes funções, entre elas a fiscalizatória. Sobre ela, destacamos a importância da liberdade de acesso aos estabelecimentos penais, a fim de possibilitar a atividade de inspeção⁴⁹⁰.

Nesse sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamentos de Presos (Regras de Mandela) preveem que os inspetores devem ter a autoridade para acessar todas as informações acerca do número de presos e dos locais de encarceramento, bem como toda a informação relevante para o tratamento dos presos, inclusive seus registros e as condições de detenção, escolher livremente qual estabelecimento prisional inspecionar (inclusive fazendo visitas *ex officio* e sem prévio aviso), e quais presos e/ou funcionários prisionais devem ser entrevistados, conduzindo as entrevistas em total privacidade e confidencialidade e, por último, fazer recomendações à administração prisional e a outras autoridades competentes (regra nº 84, primeira parte).

Destarte, a Resolução nº 01/13 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)⁴⁹¹, inspirada no item 105 do Protocolo de Istambul, elaborado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos⁴⁹², prevê a possibilidade de utilização, pelos órgãos da execução penal e pelas entidades estatais ou da sociedade civil, que tenham por função a fiscalização do sistema penitenciário e a defesa dos direitos humanos, de instrumentos de registro audiovisual e fotográfico, com exceção de aparelhos telefônicos de comunicação móvel, rádio ou similares, a fim de que possam instruir relatórios de inspeção, fiscalização e visita a estabelecimentos penais.

⁴⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 146.

⁴⁹⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 287.

⁴⁹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 1, de 7 de fevereiro de 2013**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpkp/resolucoes/2013/resolucao-no-1-de-07-de-fevereiro-de-2013.pdf/view>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

⁴⁹² ROIG, op. cit., p. 289.

Sobre o tema, foi autorizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)⁴⁹³ o acesso de defensores públicos, portando máquinas fotográficas (salvo câmeras de aparelhos celulares ou similares, que permitam acesso ao ambiente externo), aos estabelecimentos penais.

Assim, “qualquer ato de restrição do acesso dos Órgãos da Execução Penal aos estabelecimentos é ilegal e contraria tanto a sistemática da Lei de Execução Penal, quanto as orientações internacionais sobre o tema”⁴⁹⁴.

Passemos, então, à breve análise dos órgãos da execução penal, discorrendo de maneira mais profunda sobre a Defensoria Pública.

4.1.1 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP)

O CNPCCP é órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com sede em Brasília, integrado por 13 membros designados por meio de ato do Ministério da Justiça, dentre professores e profissionais da área do direito penal, processual penal, penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos ministérios da área social, sendo que o mandato de cada membro terá duração de dois anos, que pode ser renovado por igual período (artigos 62 e 63, da LEP).

Trata-se, portanto, de um órgão colegiado multidisciplinar:

[...] que reúne para a aplicação da pena uma variedade de profissionais capazes de desenvolver um completo programa penitenciário, diminuindo a tecnocracia e aumentando a participação da comunidade e da política criminal no planejamento da execução da pena.⁴⁹⁵

Destarte, é o órgão de execução penal com tônica na prevenção⁴⁹⁶, com as seguintes atribuições, previstas no artigo 64, da LEP: I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança (o que foi feito por meio da Resolução nº 16/03⁴⁹⁷, do CNPCCP); II - contribuir na

⁴⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Reclamação nº 0062172-27.2013.8.26.0000, julgada pela 7ª Câmara de Direito Criminal do TJSP**. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20-%20M%C3%A1quinas%20Fotogr%C3%A1ficas.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

⁴⁹⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 287-288.

⁴⁹⁵ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 256.

⁴⁹⁶ Cf. Jason Albergaria (apud BRITO, Ibidem).

⁴⁹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003**. Disponível em: <

elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do país; IV - estimular e promover a pesquisa criminológica; V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados; VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos estados, territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento; IX - representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Outrossim, outras funções importantes do CNPCP são a elaboração da minuta do decreto presidencial de indulto e comutação de penas e a edição de resoluções e manifestação em projetos de lei em matéria penal e penitenciária⁴⁹⁸.

4.1.2 Juízo da Execução

O juiz da execução possui as seguintes competências, prescritas no artigo 66, da LEP: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II - declarar extinta a punibilidade; III - decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução; IV - autorizar saídas temporárias; V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, dessa lei; VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando

⁴⁹⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade⁴⁹⁹; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos dessa lei; IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade; X - emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

Para o exercício das competências de fiscalização, inspeção e interdição dos estabelecimentos penais (artigo 66, incisos VI, VII e VIII, da LEP), foi criada a figura do juiz corregedor dos presídios, cuja atuação, em diversas unidades da federação, a exemplo do estado de São Paulo, atrela-se às orientações e determinações da Corregedoria Geral de Justiça⁵⁰⁰.

Nesse sentido, as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo estipulam um procedimento para a interdição judicial de estabelecimentos prisionais, pelo qual o juiz corregedor, verificada a situação precária da unidade prisional, baixará portaria instaurando o processo de interdição, instruindo os autos com laudo médico sanitário, laudo estrutural, fotografias de todos os ângulos da cadeia, informação da prefeitura local de que não tem condições de promover a reforma necessária, relatório da autoridade policial e, após ouvido o representante do Ministério Público, o juiz corregedor proferirá decisão discricionária, analisando a conveniência da interdição da cadeia que, se favorável, ainda terá a eficácia sujeita à aprovação do desembargador corregedor geral da justiça⁵⁰¹.

Percebemos que “a decisão de interdição de unidade prisional, portanto, sob a ótica oficial do Poder Judiciário de São Paulo, tem natureza administrativa, discricionária, cuja factibilidade está sujeita a recurso administrativo *ex officio*”⁵⁰². Contudo, em uma perspectiva constitucional, as funções interditórias são essencialmente medidas jurisdicionais de tutela da dignidade humana, que transcendem a seara administrativa, de modo que, assim como as funções fiscalizatórias e inspeccionais, não podem estar vinculadas a qualquer tipo de

⁴⁹⁹ Quanto ao dever funcional do juiz da execução de inspecionar regularmente unidades prisionais, Cláudio do Prado Amaral adverte que: “em termos sistêmicos: a) essa atividade de visitação é feita apenas por reduzidíssima parte dos magistrados que integram o sistema de justiça; b) a visitação desses profissionais raramente obedece aos procedimentos preconizados para o monitoramento de locais de detenção, e ademais, sem indicadores qualitativos ou quantitativos que possam servir como unidades de medição ou parâmetros; c) o locus decisório desses profissionais continua sendo a estrutura física do sistema de justiça, e portanto, já distante sistematicamente (no espaço e no tempo, inclusive) da unidade prisional inspecionada” (AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 138).

⁵⁰⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 292.

⁵⁰¹ SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimentos nº 50/1989 e 30/2013**. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=128163>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

⁵⁰² AMARAL, op. cit., p. 140.

autorização da Corregedoria Geral de Justiça, sob pena de violação da jurisdicionalização e entrave ao acesso à justiça⁵⁰³.

Finalmente, precisamos reforçar que, se no Brasil vige um ECI relativo ao sistema penitenciário, a questão que deveria ser solucionada pelo juiz da execução é a seguinte: se uma pessoa cumpre a pena de prisão em condições desumanas, a pena não deve mais ser executada, seja suspendendo a execução ou extinguindo a pena por excesso de execução⁵⁰⁴.

Portanto:

[...] não há mais espaço para a permanência da doutrina do hands off, por muito tempo utilizada para legitimar o afastamento do Poder Judiciário das questões cotidianas da execução penal, eximindo-o de responsabilidade sobre a proteção direta dos direitos das pessoas presas.⁵⁰⁵

4.1.3 Ministério Público

A natureza da atuação do Ministério Público no processo de execução penal é controversa, sendo citado como órgão imparcial de justiça, parte, *custos legis* ou ambas⁵⁰⁶.

De qualquer modo, é certo que o Ministério Público deverá atuar durante todo o processo de execução, haja vista que o artigo 67, da LEP, prevê a necessidade de que o órgão fiscalize todas as fases da execução da pena, seja no processo principal ou nos incidentes que possam surgir.

O Ministério Público tem o dever legal de visitar mensalmente os estabelecimentos prisionais, registrando a sua presença em livro próprio (artigo 68, parágrafo único, da LEP).

Incumbe ainda ao Ministério Público, conforme preceitua o artigo 68, da LEP: I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; II - requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; d) a revogação da medida de segurança; e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

⁵⁰³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 292-293.

⁵⁰⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 138.

⁵⁰⁵ ROIG, op. cit., p. 292.

⁵⁰⁶ Cf. Grinover; Busana apud BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 275.

4.1.4 Conselho Penitenciário

Trata-se de um órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena, composto por membros nomeados pelo governador do estado, do Distrito Federal e dos territórios, dentre professores e profissionais da área do direito penal, processual penal, penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade, que possuem mandato com duração de quatro anos (artigo 69, da LEP)⁵⁰⁷.

Incumbe ao Conselho Penitenciário, conforme disposto no artigo 70, da LEP: I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; III - apresentar, no 1º (primeiro) trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior; IV - supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.

Para Alexis Couto de Brito, o parecer previsto no inciso I não tem o condão de vincular a decisão do juiz no que tange à aplicação do indulto e da comutação da pena, haja vista que o Conselho Penitenciário é um órgão auxiliar administrativo⁵⁰⁸.

Quanto à atribuição de inspecionar estabelecimentos prisionais, a Resolução nº 03/99, do CNPCP⁵⁰⁹ recomenda às Secretarias de Estado da Justiça, de Administração Penitenciária ou congêneres, de todos os estados da federação, que assegurem aos membros dos Conselhos Penitenciários o livre ingresso nos estabelecimentos penais, prestando-lhes todo o apoio e auxílio necessários ao pleno e cabal cumprimento de sua função fiscalizadora.

A respeito dessa função fiscalizatória, o conselho possui legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública (ACP) para a defesa de interesses e direitos difusos e coletivos na execução penal, justamente por se tratar de órgão da execução penal independente do Poder Judiciário e da Administração Penitenciária⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ As regras para a organização dos Conselhos Estaduais estão previstas na Resolução nº 02/99, do CNPCP.

⁵⁰⁸ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 261.

⁵⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 3, de 8 de abril de 1999**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/1999/resolucao03de08deabrilde1999.pdf/view>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

⁵¹⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 298.

4.1.5 Departamentos penitenciários

Os departamentos penitenciários são divididos entre Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e departamentos penitenciários locais.

O DEPEN, subordinado ao Ministério da Justiça, especificamente à Secretaria Nacional de Justiça, é órgão executivo diretamente ligado ao CNPCP, prestando-lhe apoio administrativo e financeiro (artigo 71, da LEP). É o órgão de execução penal responsável pela integração entre o Governo Federal e os governos estaduais⁵¹¹.

O artigo 72, da LEP, prevê ao DEPEN as seguintes atribuições: I - acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o território nacional; II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; III - assistir tecnicamente as unidades federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nessa lei; IV - colaborar com as unidades federativas mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; V - colaborar com as unidades federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado; VI - estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar; VII - acompanhar a execução da pena das mulheres gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, beneficiadas pela progressão especial prevista no §3º do artigo 112 da LEP, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.

Incumbem também ao DEPEN a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais (§3º do artigo 72, da LEP).

Já os departamentos penitenciários locais serão criados por lei estadual e terão por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da unidade da federação a que pertencer (artigos 73 e 74, da LEP), de modo que mantenham a integração com o órgão federal e executem as regras gerais penitenciárias conforme a política criminal da União. Almeja-se, assim, uma execução penal uniforme⁵¹².

⁵¹¹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 257.

⁵¹² Ibidem, p. 259.

4.1.6 Patronato

O Patronato é um órgão colegiado, público ou particular, cuja missão é prestar assistência aos albergados e aos egressos, tendo também como atribuições a orientação dos condenados à pena restritiva de direitos, a fiscalização do cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana e a colaboração na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional (artigos 78 e 79, da LEP).

Se as condições de execução da pena privativa de liberdade, no interior dos estabelecimentos penais, revelam o descaso do Estado e da sociedade para com o tratamento dos presos, o ínfimo número de patronatos no país demonstra que a indiferença continua depois que o condenado retorna ao seio social.

Com a deficiência do instituto em vista, a Resolução nº 04/01, do CNPCP⁵¹³, estimula as unidades federativas a dar continuidade aos programas que vêm sendo desenvolvidos no acompanhamento e assistência do egresso e faz um apelo aos estados que ainda não dispõem de programas de atendimento que os viabilizem.

Já a Resolução nº 15/03, do CNPCP⁵¹⁴, aprova a proposta de criação da Central Nacional de Apoio ao Egresso, com a liberação de recursos do DEPEN aos estados que criarem patronatos, enquanto a Resolução nº 11/09, do CNPCP⁵¹⁵, recomenda ao DEPEN que, na aplicação dos recursos do FUNPEN, proporcione apoio financeiro e outros meios para os projetos de criação, instalação e aprimoramento dos patronatos.

4.1.7 Conselho da Comunidade

Preceitua o artigo 4º, da LEP, que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. Nesse sentido, a criação do

⁵¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 4 de 27 de agosto de 2001**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2001/resolucaoono4de27deagostode20012parte.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁵¹⁴ Idem. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 15, de 10 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2003/resolucaoono15de10dedezembrode2003.pdf/view>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁵¹⁵ Idem. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2009**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2009/resolucao-no-11-de-18-de-dezembro-de-2009.pdf/view>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Conselho da Comunidade foi idealizada na busca do estreitamento dos laços e repartição de responsabilidades com a comunidade nas atividades próprias de execução da pena⁵¹⁶.

Trata-se de um “órgão auxiliar do Poder Judiciário, formado por iniciativa do juiz da execução”⁵¹⁷, cuja missão primordial é levar cidadania e humanidade para dentro das unidades prisionais, diminuindo o abismo entre as pessoas presas e a sociedade⁵¹⁸.

Em que pese a lei estipular que haverá um Conselho da Comunidade em cada comarca, é certo que há uma escassez de conselhos, que normalmente restam concentrados nos grandes centros urbanos⁵¹⁹.

Cada Conselho da Comunidade deve ser composto, no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, um defensor público indicado pelo defensor público geral e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais, salvo na falta dessa representação, hipótese na qual ficará a critério do juiz da execução a escolha de seus membros (artigo 80, da LEP).

Ao conselho incumbe, conforme previsto no artigo 81, da LEP: I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; II - entrevistar presos; III - apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

Indaga-se o porquê da Defensoria Pública, que já é órgão da Execução Penal, compor o Conselho da Comunidade, também órgão da Execução Penal. A razão não pode ser outra, senão “levar a expertise jurídica necessária para a maior eficiência do Conselho da Comunidade, fomentar a defesa dos Direitos Humanos (artigo 134 da CF) e facilitar a ação e interação entre o Conselho e os demais órgãos da Execução Penal”⁵²⁰.

Passemos, portanto, à análise mais detalhada do último órgão da execução penal: a Defensoria Pública.

⁵¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 301-302.

⁵¹⁷ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 279.

⁵¹⁸ ROIG, op. cit., p. 303.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 302.

⁵²⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; REIS, Gustavo Augusto Soares dos Reis; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 338.

4.1.8 Defensoria Pública

Conforme vimos no capítulo anterior, os artigos 10 e 11, da LEP, dispõem que a assistência jurídica ao preso e ao internado (estendendo-se, ainda, ao egresso) é dever do Estado, enquanto o artigo 15 prevê que essa assistência se destina aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Na redação original da LEP, o artigo 16 estabelecia a obrigação de que os estados tivessem serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais, sem qualquer menção à Defensoria Pública, haja vista que a referida lei é anterior à Constituição Federal (CF) de 1988, que adotou o modelo público de assistência jurídica, optando pela Defensoria Pública.

Assim, em que pese o atraso, acertou a Lei nº 12.313/10 ao promover alterações na LEP, de modo que a nova redação do artigo 16 passou a prever a obrigação de que os Estados tenham serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

Para tanto, os estados “deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais” (artigo 16, §1º), inclusive disponibilizando, em todos os estabelecimentos penais, local apropriado destinado ao atendimento pelo defensor público (artigo 16, §2º).

Nesse sentido, como bem observado por Rodrigo Duque Estrada Roig, é certo que “a boa estruturação das Defensorias Públicas em sede de execução penal adquiriu *status* de dever estatal legal, passível, portanto, de cobrança e de adoção de medidas judiciais tendentes à sua concreção⁵²¹.”

Contudo, a maior inovação trazida pela Lei nº 12.313/10 foi alçar a Defensoria Pública à condição de órgão da execução penal, atribuindo-lhe um capítulo próprio na LEP.

Assim, o artigo 81-B, da LEP, prevê as seguintes atribuições à Defensoria Pública: I - requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; c) a declaração de extinção da punibilidade; d) a unificação de penas; e) a detração e remição da pena; f) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução⁵²²; g) a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de

⁵²¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 305.

⁵²² No mesmo sentido, estabelece o artigo 186, da LEP, que qualquer órgão da execução penal pode suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução, lembrando que “qualquer violação de direitos é uma forma de excesso ou desvio de execução” (Ibidem, p. 308).

segurança; h) a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto; i) a autorização de saídas temporárias; j) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; k) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; l) a remoção do condenado para outra unidade federativa, em estabelecimento local ou da União, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado; II - requerer a emissão anual do atestado de pena a cumprir; III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução; IV - representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

A Defensoria Pública tem o dever legal de visitar periodicamente os estabelecimentos prisionais, registrando a sua presença em livro próprio (artigo 81-B, parágrafo único, da LEP).

Ademais, é função institucional da Defensoria Pública atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais (artigo 4º, inciso XVII, da LC 80/94), incumbindo aos defensores públicos estaduais atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes (artigo 108, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar nº 80/94).

Em suma, “a Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva” (artigo 81-A, da LEP).

Vemos que o dispositivo não restringe a atuação da Defensoria Pública aos presos e internados necessitados sob o ponto de vista econômico. Com acerto o legislador, senão vejamos.

Prevê o artigo 134, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa,

em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Em que pese o inciso LXXIV do artigo 5º prever que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos e o artigo 15, da LEP, estabelecer que a assistência jurídica se destina aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado, o dever-poder da Defensoria Pública de velar pela regular execução da pena e da medida de segurança exige uma interpretação mais ampla do conceito de necessitado, para além dos casos da representação jurídica do condenado necessitado econômico, quando requerente da medida judicial.

Assim, deve ser feita uma leitura do conceito de necessitado “em sentido amplo” ou “em termos organizacionais”⁵²³, à luz das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade, aprovadas no âmbito da XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, em 2008⁵²⁴.

De acordo com o item 3 das Regras de Brasília:

[...] consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o Sistema de Justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o item 4 traz um rol exemplificativo de possíveis causas de vulnerabilidades, a exemplo da privação de liberdade, que pode gerar dificuldades para a pessoa

⁵²³ O termo “necessitado em termos organizacionais” diz respeito ao obstáculo organizacional ao acesso à justiça, elencado por Mauro Cappeletti e Bryant Garth na célebre obra *Acesso à Justiça*, ao lado dos obstáculos econômico e processual. O obstáculo organizacional diz respeito às dificuldades próprias da tutela de direitos coletivos, especialmente para as coletividades não organizadas. Já o obstáculo econômico se refere às dificuldades econômicas para mover a máquina judiciária para o reconhecimento ou efetivação de direitos, enquanto o processual trata das dificuldades de se chegar a uma solução efetiva e justa do conflito. Os autores também identificaram três ondas renovatórias de acesso à justiça, que buscam romper, ou ao menos amenizar, tais obstáculos. A primeira onda se refere à assistência judiciária aos pobres; a segunda onda diz respeito à criação de normas para a tutela coletiva de direitos; e, a terceira onda, à criação de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos (GROSTEIN, Julio. **Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo – Comentários à Lei Complementar Estadual n. 988/06**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 23-24). Em suma, o obstáculo organizacional ao acesso à justiça se traduz na vulnerabilidade (ou necessidade em sentido amplo) de um agrupamento de pessoas perante o sistema de justiça.

⁵²⁴ CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2021. Conforme pontua Tiago Fensterseifer sobre as Regras de Brasília, “muito embora não se trate de tratado ou mesmo possua força vinculante, representa um referencial conceitual bastante preciso para a compreensão da temática do acesso à justiça dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis)” (FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 38).

exercer com plenitude perante o sistema de justiça os demais direitos dos quais é titular⁵²⁵, especialmente quando (quase sempre) concorre com alguma outra causa de vulnerabilidade como, por exemplo, a escassez de recursos financeiros, situação que acarreta uma hipervulnerabilidade perante o sistema de justiça. De fato, parece correta a afirmação de Francesco Cernelutti ao apresentar o encarcerado como o mais pobre entre os pobres, um necessitado extremado⁵²⁶.

Desse modo, elucida Tiago Fensterseifer que:

[...] para além da perspectiva estritamente econômica, é fundamental para atender aos ditames constitucionais de forma plena a proteção especial de determinados indivíduos e grupos sociais em razão da presunção da sua vulnerabilidade existencial por se enquadrarem em determinada situação de fato que não lhes permite exercerem os seus direitos com plenitude perante o Sistema de Justiça, o que faz com que seja atribuída à Defensoria Pública a tutela e promoção dos seus direitos.⁵²⁷

Assim, o conceito de pessoa necessitada “em sentido amplo” ou em “termos organizacionais” restou positivado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 4º, inciso XI, da Lei Complementar nº 80/94, com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 132/2009, ao determinar que cabe à Defensoria Pública exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos das crianças e dos adolescentes, dos idosos, das pessoas portadoras de necessidades especiais, das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Destarte, a figura do encarcerado se enquadra, inclusive, na ideia de necessitado constitucional, enquanto categoria social destinatária de mandamentos protetivos previstos na CF⁵²⁸, analisados no capítulo anterior, quando discorreremos sobre o estatuto jurídico do preso, sobretudo no contexto do ECI, de modo que o conceito de necessitado deve ser interpretado da maneira mais ampla possível, a fim de resguardar os direitos constitucionalmente previstos.

Nesse sentido, é importante lembrarmos que a lei processual penal, partindo do pressuposto de que há uma disparidade de forças entre o sujeito acusado e o Estado-acusador,

⁵²⁵ Nesse diapasão, a Exposição de motivos da LEP, no item 171 (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 6 set. 2021), reconhece expressamente a impotência (leia-se, vulnerabilidade) da pessoa presa quanto à autoproteção de direitos em face do Estado no cumprimento da pena.

⁵²⁶ MAIA, Maurilio Casas; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: *custos vulnerabilis*? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 152, 2019.

⁵²⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 39.

⁵²⁸ MAIA; SANTIAGO, op. cit.

reconhece a situação de vulnerabilidade do primeiro, prevendo a obrigatoriedade de defesa técnica no processo penal, pela Defensoria Pública, independentemente da condição econômica do réu, sempre que este não constituir advogado⁵²⁹.

No que tange ao papel da Defensoria Pública na execução penal, precisamos distinguir, portanto, sua atuação processual defensiva no curso da execução penal, que possui caráter individual e apenas restará autorizada quando o preso não houver constituído advogado nos autos do processo⁵³⁰ – ressalvada a legitimidade ampla para a impetração de *Habeas Corpus* (HC)⁵³¹, ou ainda a hipótese de desassistência ou desídia por parte do advogado constituído, quando poderá a Defensoria Pública, enquanto órgão da execução responsável por velar por sua regularidade e pelos direitos humanos, comunicar o fato à Ordem dos Advogados do Brasil e tomar as medidas necessárias para o saneamento da vulnerabilidade *in concreto*⁵³² – de sua atuação na defesa dos interesses do coletivo carcerário, de vulnerabilidade presumida, a qual independe de qualquer consideração acerca da hipossuficiência econômica dos presos.

Quanto ao poder geral assecuratório da Defensoria Pública de velar pela regular execução da pena, é certo que tal regularidade deve ser entendida tanto sob o prisma formal-jurídico quanto ético, consistente na proteção dos apenados contra medidas que busquem suprimir a dignidade que lhes é inerente⁵³³.

Vemos, assim, que:

A nova dimensão protetiva da vulnerabilidade do coletivo carcerário por parte da Defensoria Pública decorre não apenas de um novo paradigma ético da instituição,

⁵²⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 46. Nesse sentido, os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41): “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”; “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz”; e “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”. Ainda, dispõe o artigo 4º, XIV, da LC 80/94, a partir da redação dada pela LC 132/2009, que a Defensoria Pública tem a atribuição institucional de “acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado”.

⁵³⁰ A atuação da Defensoria Pública na tutela dos direitos do apenado na execução penal, no caso concreto, encontra amparo no artigo 196, da LEP, que determina a oitiva do condenado quando este não figurar como requerente da medida.

⁵³¹ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 441.

⁵³² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 309.

⁵³³ *Ibidem*, p. 306.

mas do próprio imperativo constitucional da humanidade penal, consectário lógico da pessoa humana.⁵³⁴

Como desdobramento do paradigma ético da Defensoria Pública, merece menção o papel do defensor público no sistema de justiça criminal, que por óbvio também abarca a fase de execução da pena.

É certo que o defensor público, ao pautar a sua atuação a partir do olhar do acusado ou condenado, que normalmente se enquadra no público-alvo do sistema penal (pobre, negro e jovem), sujeita-se naturalmente a um processo de “desalienação”, pois rapidamente percebe que a dogmática jurídica dominante, representada pelo discurso legitimador do direito penal, é uma inversão da *práxis*, ou seja, da realidade do fenômeno da criminalização da pobreza e da reprodução das relações sociais vigentes e do racismo estrutural da sociedade brasileira.

Nesse contexto é importante que o defensor público se utilize do estudo criminológico crítico, que questiona a própria legitimidade do direito penal, para que “possa entender onde sua função está inserida, bem como para que se atribua um sentido maior à sua atuação”⁵³⁵. E a conclusão será uma só ao defensor público desalienado: de que a sua atuação se situa no âmbito do próprio sistema punitivo visto por ele como ilegítimo e é ela que garante, em última análise, a validade ao jogo judiciário.

Contudo, conforme pontua Zaffaroni, existe um mínimo de poder exercido legitimamente dentro do (ilegítimo) sistema penal, “como o que se põe em prática para interromper o curso de um processo lesivo ou a privação de liberdade de alguém”⁵³⁶. O autor destaca, outrossim, a importância da introdução de discurso deslegitimante na operacionalidade do sistema penal, com o intuito de quebrar a unidade discursiva legitimante das agências de reprodução da ideologia do sistema penal⁵³⁷.

Assim, diante desse dilema, o desafio do defensor público será, além da adoção de práticas que visem à redução dos danos causados pelo poder punitivo, buscando de maneira ininterrupta sua limitação, por meio da observância das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício do poder punitivo, a utilização de uma “ética da resistência”, inserida em um movimento ininterrupto de resistência contra o poder punitivo e a dominação.

⁵³⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 308.

⁵³⁵ SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. O defensor público e a criminologia: da “desalienação” à resistência. In: Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 377-382.

⁵³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 222.

⁵³⁷ Ibidem, p. 216.

Percebemos, portanto, que é possível ao defensor público ser ético, ainda que inserido em um sistema punitivo injusto e opressor; para tanto, deve haver uma recusa firme em naturalizar a violência institucional, vista em seu grau máximo dentro do cárcere. O defensor público deve ser “um ator no processo de deslegitimação do poder punitivo, utilizando as ferramentas que lhe sejam conferidas no sentido de tensionar e expor as contradições sistemáticas dos discursos jurídico-penais”⁵³⁸.

A seu turno, à Defensoria Pública cabe, enquanto órgão da execução penal responsável por velar por sua regularidade (em sentido jurídico e ético, como vimos), bem como pela promoção e efetividade dos direitos humanos (conforme artigo 134, CF, e artigo 3º-A, inciso III, da LC 80/94), em cumprimento à missão humanitária da instituição⁵³⁹, o exercício do que se pode denominar de função *custos humanus*⁵⁴⁰, que não se confunde com a função *custos legis et iuris*, exercida pelo Ministério Público enquanto fiscal da correta execução da pena.

Para atingir tal encargo:

Atuará a Defensoria proativamente para promover todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos fundamentais difusos, coletivos ou individuais homogêneos, seja quando o resultado da demanda puder beneficiar condenados hipossuficientes (nos termos do art. 4º, VII e X, da Lei Complementar n. 80/94, com redação dada pela LC n. 132/2009), seja quando estiver agravada a já notória vulnerabilidade de egressos ou do próprio coletivo carcerário (ex: violações de direitos humanos), que, assim, outros grupos sociais vulneráveis, também merecem proteção especial do Estado.⁵⁴¹

⁵³⁸ SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. O defensor público e a criminologia: da “desalienação” à resistência. In: Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 389-394. Para tanto, “o Defensor Público precisa ir ao cárcere e confrontar os demais operadores do Direito em relação à sua própria alienação. Precisa levar denúncias e relatos de agressão e opressão e exigir que o Judiciário se manifeste sobre elas” (Ibidem, p. 393).

⁵³⁹ São objetivos humanitários da Defensoria Pública, a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a prevalência e efetividade dos direitos humanos (artigo 3º-A, incisos I e III, da LC 80/94). A Defensoria Pública paulista, a seu turno, tem como fundamentos de atuação “a prevenção dos conflitos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalidade, e a redução das desigualdades sociais e regionais” (artigo 3º, Lei Complementar Estadual nº 988/06). Para tanto, destacam-se as atribuições institucionais de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, e promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (artigo 4º, incisos III, VI e X, da LC 80/94).

⁵⁴⁰ São exemplos do exercício de tal função: “medidas tendentes à repressão da violação dos direitos humanos perante o sistema interno e internacional, a conscientização da população através de práticas educacionais, especialmente nas comunidades mais carentes, a participação e assento nos conselhos públicos e a própria sugestão de mudanças normativas” (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017). Há quem defenda que a Defensoria Pública possui a função de *custos vulnerabilis et plebis* (guardião dos vulneráveis e dos excluídos), o que justificaria sua configuração como órgão interveniente na execução penal. Nesse sentido: Maurilio Casas Maia e Nestor Eduardo Araruna Santiago. Em sentido contrário: Caio Paiva, Tiago Fensterseifer, Júlio Camargo de Azevedo. O tema, contudo, é novo e controverso e sua análise mais aprofundada fugiria do escopo do presente trabalho.

⁵⁴¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 308.

Ante o exposto, para cumprir a sua função de *custos humanus*, e alcançar os seus objetivos humanitários, contribuindo com a redução das desigualdades sociais, tão acentuadas no Brasil, a Defensoria Pública deve ser fortalecida, a fim de que o serviço prestado seja inclusivo, capaz de emancipar os necessitados (em sentido amplo) e excluídos e permitir que eles possam protagonizar a defesa de seus direitos, reequilibrando as relações, ao menos na esfera jurídica. Para tanto, o serviço prestado pelo órgão deve ter qualidade suficiente a compensar a exclusão, o que apenas será possível se as defensorias públicas estiverem dotadas de estrutura e orçamento suficientes para tanto, com profissionais valorizados e vocacionados ao mister da instituição⁵⁴².

A fim de fortalecer a Defensoria Pública, a Emenda Constitucional nº 80/2014, incluiu o artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo que, no prazo de oito anos, a União, os estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, sendo que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população (*caput* e §1º). Destarte, durante o decurso desse prazo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional (§2º), o que reforça que a existência de uma Defensoria Pública organizada e bem estruturada é instrumento para a redução das desigualdades sociais.

Contudo, o 2º Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil, relativo ao período de 2019-2020, lançado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP)⁵⁴³, demonstra o descumprimento da Emenda Constitucional nº 80/2014, tendo em vista que, em que pese a existência de 2.750 comarcas e mais de 13 mil unidades judiciárias, as defensorias públicas estaduais e distritais apenas atendiam 1.162 comarcas no biênio 2019-2020. O estudo ainda aponta um déficit de quase 5,6 mil defensores públicos a nível nacional, considerando como número ideal um defensor público para cada unidade judiciária, com destaque para o estado de São Paulo, que possui déficit de 1.400 defensores públicos. Finalmente, considerando como parâmetro de cobertura populacional um defensor público para cada 15 mil habitantes de baixa

⁵⁴² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; REIS, Gustavo Augusto Soares dos Reis; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, 2021, p. 202.

⁵⁴³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA/ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. **2º Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/arquivos/artigos/3210-mapa-relatorio-digital.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2021.

renda, as estimativas mostram que, na maioria das unidades da federação, as defensorias apresentam números muito aquém dessa meta.

Tendo em vista a falta de estrutura e defensores públicos suficientes, as defensorias públicas devem empreender esforços para que os serviços por elas prestados alcancem o maior número possível de pessoas necessitadas. Daí decorre a importância dos núcleos especializados.

O artigo 16, inciso 3º, da LEP, prevê a necessidade de que, fora dos estabelecimentos penais, sejam implementados núcleos especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.

Em que pese a inconstitucionalidade formal de tal dispositivo, haja vista que a organização da Defensoria Pública só pode ser feita por meio de lei complementar (artigo 134, §1º, da CF) e a criação de núcleos específicos escape da concepção de norma geral sobre as defensorias públicas e, portanto, da competência do legislador federal, certo é que serve como norte ao atendimento que deve ser prestado pela Defensoria Pública no que tange à situação carcerária⁵⁴⁴.

De todo o modo, a Lei Complementar nº 80/1994 prevê os núcleos da Defensoria Pública dos estados como órgãos de atuação (artigo 98, II, b). Nesse sentido, a organização da Defensoria Pública estadual deve ser descentralizada e sua atuação deve incluir atendimento interdisciplinar e a tutela dos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos (artigo 106-A), podendo tal atuação se dar por meio de núcleos especializados, dando-se prioridade, de todo modo, às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional (artigo 107).

Conforme destaca Tiago Fensterseifer, a especialização temática e a respectiva estruturação institucional conduzem a uma melhor qualificação técnica dos defensores públicos que atuam nos núcleos especializados e possibilita maior articulação com a rede da sociedade civil organizada e os movimentos populares das respectivas áreas de atuação, o que permite uma litigância estratégica com maior legitimidade e impacto social, especialmente pela ótica da atuação extrajudicial preventiva, sem prejuízo do ajuizamento de ações judiciais, quando a resolução extrajudicial dos conflitos de natureza coletiva não se fizer possível⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; REIS, Gustavo Augusto Soares dos Reis; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 337.

⁵⁴⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.

Assim, parece-nos imprescindível que a Defensoria Pública, enquanto órgão da execução penal, se utilize de núcleo especializado para receber suporte e auxílio no desempenho de tal função.

Feitas essas considerações, passemos à análise do objeto secundário deste estudo, qual seja, a atuação judicial do NESC/DPESP, sob uma perspectiva redutora dos danos decorrentes do ECI.

5 A ATUAÇÃO JUDICIAL DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5.1 Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

A Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) (Lei Complementar Estadual nº 988/06)⁵⁴⁶ disciplina, na Seção III, os órgãos de execução e de atuação, que compreendem os defensores públicos e os núcleos especializados.

Os núcleos são órgãos de natureza permanente, criados pela própria defensoria, segundo a sua autonomia funcional e administrativa, que atuam prestando suporte e auxílio aos membros da instituição no desempenho de suas atividades funcionais (artigo 52).

Quanto à especialização temática, a lei apresenta um rol exemplificativo, com os seguintes temas: a) interesses difusos e coletivos; b) cidadania e direitos humanos; c) infância e juventude; d) consumidor e meio ambiente; e) habitação e urbanismo; f) situação carcerária; g) segunda instância e tribunais superiores (artigo 52, parágrafo único). A Deliberação nº 38/07, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (CSDP)⁵⁴⁷, prevê que os núcleos especializados serão implementados a critério do Conselho Superior, de acordo com temas ou com a natureza da atuação que guarde pertinência e relevância com as atribuições institucionais da Defensoria Pública.

Desse modo, conforme se extrai de seu sítio eletrônico⁵⁴⁸, a DPESP atualmente conta com os seguintes núcleos especializados: a) cidadania e direitos humanos; b) infância e juventude; c) habitação e urbanismo; d) segunda instância e tribunais superiores; e) situação carcerária; f) direitos das mulheres; g) diversidade e igualdade racial; h) direitos da pessoa idosa e da pessoa com deficiência; i) defesa do consumidor.

Os integrantes dos núcleos especializados são designados por ato do defensor público geral do estado para um período de dois anos, permitida a recondução, por igual prazo, exceto

⁵⁴⁶ SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006**. Disponível em:

<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁵⁴⁷ Idem. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Deliberação CSDP nº 38, de 4 de maio de 2007**. Disponível em:

<<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=906&idModulo=5010>>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁵⁴⁸ Idem. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Portal da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=1>>. Acesso em: 30 out. 2021.

para os coordenadores, cuja recondução será permitida apenas uma vez (artigo 10, da Deliberação nº 38/07, do CSDP).

O artigo 53, da Lei Complementar Estadual nº 988/06, prevê que compete ao núcleos especializados, dentre outras atribuições: I - compilar e remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos defensores públicos; II - propor medidas judiciais e extrajudiciais, para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os defensores públicos, sem prejuízo da atuação do defensor natural; III - realizar e estimular o intercâmbio permanente entre os defensores públicos, objetivando o aprimoramento das atribuições institucionais e a uniformidade dos entendimentos ou teses jurídicas; IV - realizar e estimular o intercâmbio com entidades públicas e privadas, bem como representar a instituição perante conselhos e demais órgãos colegiados, por qualquer de seus membros, mediante designação do defensor público geral do estado; V - atuar e representar junto ao Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, propondo as medidas judiciais cabíveis; VI - prestar assessoria aos órgãos de atuação e de execução da Defensoria Pública do Estado; VII - coordenar o acionamento de cortes internacionais.

Conforme pontua Julio Grostein:

Depreende-se do rol acima que as atribuições dos Núcleos Especializados estão centradas em funções estratégicas, de articulação com todos os entes que atuem na área de determinado Núcleo Especializado. Exercem, também, uma função sociopolítica, na medida em que lhes cabe representar a Defensoria Pública perante Conselhos e demais órgãos colegiados.⁵⁴⁹

Já no que tange ao Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC), a Deliberação nº 66/08, do CSDP, traz o seu regimento interno e dispõe, no artigo 4º, que o NESC é, ao lado do defensor público, órgão de execução e de atuação da DPESP, tendo caráter permanente e a missão primordial de prestar suporte e auxílio no desempenho da atividade funcional dos membros da instituição sempre que a demanda apresentada referir-se, direta ou indiretamente, a direitos específicos ou gerais de presos e internados, mais especificamente dos tratados na Lei de Execução Penal (LEP).

De início, consigna-se que a propositura e o acompanhamento de medidas judiciais e extrajudiciais para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos dos presos e internados, pode se dar pelo NESC isolada ou conjuntamente com os defensores públicos e que as

⁵⁴⁹ GROSTEIN, Julio. **Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo – Comentários à Lei Complementar Estadual n. 988/06**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 159.

atribuições do NESC no âmbito judicial e de auxílio são de caráter excepcional, subsidiário e suplementar, justificando-se por critérios de complexidade e amplitude da questão ou por ausência de defensor público natural (artigo 6º, inciso I e §2º, da Deliberação nº 66/08, do CSDP). Em relação à atuação para a tutela coletiva, “atribui-se aos Núcleos Especializados a atuação prioritária em demandas coletivas mais complexas”⁵⁵⁰.

Além das atribuições que correspondem àquelas previstas no artigo 53, da Lei Complementar Estadual nº 988/06, são atribuições do NESC, no âmbito do auxílio ao defensor público, a promoção da tutela dos interesses dos presos, internados e egressos necessitados no âmbito dos órgãos ou entes da administração estadual e municipal, direta ou indireta; a orientação e a representação judicial das entidades civis que tenham dentre as suas finalidades a tutela de interesses dos necessitados, desde que não disponham de recursos financeiros para a atuação em juízo; a atuação nos estabelecimentos prisionais e hospitais de custódia, visando a assegurar aos recolhidos, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais (artigo 6º, incisos III, IV e V, da Deliberação nº 66/08, do CSDP).

Os incisos I, II, III, IV, V, VI, X e XI, do artigo 7º, da Deliberação nº 66/08, do CSDP, dispõem sobre outras atribuições do NESC, tais como: informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais, em coordenação com a assessoria de comunicação social e a Escola Superior da Defensoria Pública; estabelecer permanentes articulações com núcleos especializados ou equivalentes de outras defensorias na área da execução penal e situação prisional para definição de estratégias comuns em assuntos de âmbito nacional e para intercâmbio de experiências; contribuir no planejamento, na elaboração e na proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais; propor e acompanhar propostas de elaboração, revisão e atualização legislativa na área dos direitos dos custodiados pelo Estado e da execução penal; subsidiar, do ponto de vista técnico, a atuação de organizações, conveniadas ou não com a defensoria, que prestem supletivamente assistência jurídica a presos, internados e egressos necessitados; fornecer subsídios aos órgãos de planejamento quanto aos recursos humanos e materiais

⁵⁵⁰ GROSTEIN, Julio. **Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo – Comentários à Lei Complementar Estadual n. 988/06**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 159. Nesse sentido, prevê o §6º, do artigo 2º, da Deliberação nº 139/09, do CSDP: “A atuação dos Núcleos Especializados será subsidiária e suplementar à das Defensorias de Tutela Coletiva, justificando-se por critérios de complexidade, amplitude e relevância da questão ou pela inexistência daquele órgão de tutela coletiva na respectiva Unidade da Defensoria Pública” (SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Deliberação CSDP nº 38, de 4 de maio de 2007**. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=906&idModulo=5010>>. Acesso em: 30 out. 2021).

necessários ao cumprimento pleno das atribuições da defensoria na defesa dos presos e internados; contribuir para a definição, do ponto de vista técnico, das ações voltadas à implementação e monitoramento do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública naquilo que disser respeito à defesa dos direitos dos presos e internados necessitados; planejar e organizar as inspeções de monitoramento dos locais de detenção, bem como participar de incursões, por meio de seus membros integrantes, juntamente com as respectivas coordenações auxiliares⁵⁵¹.

5.2 Metodologia: levantamento de dados e análise de conteúdo

Sem afastar a importância de outras atividades realizadas pelo NESC, e não nos olvidando de que é função institucional da Defensoria Pública promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios (artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 80/94), a análise que aqui propomos se reduzirá à sua atuação judicial na esfera coletiva *lato sensu*, quanto aos temas tratados no item 3.1., extraída por meio dos Relatórios Semestrais de Atividade⁵⁵² do NESC, de domínio público, no período compreendido entre 1º de fevereiro 2016 a 31 de janeiro 2021.

Para tanto, analisamos todos os processos judiciais em que o NESC atuou nesse lapso temporal, desde que versassem sobre tutela coletiva *lato sensu* e que possuísem as decisões acessíveis ao público em geral nos sistemas de consulta processual utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-SAJ), Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal⁵⁵³.

Nesse ponto, ficam fora da análise os diversos pedidos de providência constantes nos Relatórios Semestrais e feitos pelo NESC, com fulcro no artigo 81-B, incisos IV, V e VI, da LEP⁵⁵⁴, aos juízes corregedores competentes dos estabelecimentos penais inspecionados, haja

⁵⁵¹ A metodologia institucional de inspeções de monitoramento das condições materiais de aprisionamento nos estabelecimentos destinados à privação da liberdade é regulamentada pela Deliberação nº 296/14, do CSDP.

⁵⁵² Acerca dos Relatórios Semestrais de Atividades, preceitua o artigo 16, da Deliberação nº 66/08, do CSDP: “São atribuições do coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária, dentre outras fixadas no regimento interno: IV - elaborar e enviar ao Conselho Superior, semestralmente, relatórios das atividades do Núcleo, enumerando os procedimentos administrativos arquivados”.

⁵⁵³ Os sistemas podem ser acessados pelos seguintes sítios eletrônicos, respectivamente: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>; <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>> e <<http://portal.stf.jus.br/>>.

⁵⁵⁴ “Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública: IV - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.”

vista que, além de possuírem natureza *sui generis*⁵⁵⁵, ora não são de acesso público, invocando-se a Resolução nº 121, do Conselho Nacional de Justiça, ora não possuem número dos processos nos Relatórios Semestrais, impossibilitando a análise⁵⁵⁶.

Ficam de fora da análise, também, ações individuais, ações que versem sobre a tutela coletiva de outros temas não elencados no rol do item 3.1.⁵⁵⁷, medidas extrajudiciais, entre outras, conforme as atribuições do NESC, já mencionadas, além daquelas que, embora se adequem aos demais critérios de análise, não permitam a análise, seja por falta de informação para a consulta processual ou por falta de acesso ao público em geral.

Não buscamos, assim, fazer uma análise ampla sobre as atividades realizadas pelo NESC, mas exemplificar sua atuação judicial, no âmbito da tutela coletiva, como parte de uma política redutora de danos, no sentido de reduzir os danos e dores causados pelo Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), buscando fazer valer o estatuto jurídico do preso.

Assim, a metodologia utilizada foi, em um primeiro momento, o levantamento de dados dentro do recorte acima proposto.

Após, realizamos a análise do conteúdo levantado, buscando verificar os seguintes aspectos: a) se todos os temas constantes no rol do item 3.1 foram objeto de atuação do NESC; b) quais foram os temas mais e menos recorrentes; c) quais foram os instrumentos processuais utilizados; d) o êxito geral das atuações, baseado no resultado obtido em cada uma delas até a data da consulta processual; e) o êxito específico a cada um dos temas abordados; f) análise sobre a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), sob o aspecto da reforma ou manutenção de sentenças de primeiro grau favoráveis ou desfavoráveis aos pleitos do NESC; g) compilado com os argumentos mais recorrentes do Poder Judiciário, nos processos consultados, que fundamentaram decisões desfavoráveis aos pleitos do NESC; h) o êxito perante os tribunais superiores; i) dados sobre as atuações do NESC em conjunto com outros atores e o grau de êxito dessas atuações conjuntas.

⁵⁵⁵ Conforme visto quando tratamos do juízo da execução, para o exercício das competências de fiscalização, inspeção e interdição dos estabelecimentos penais (artigo 66, incisos VI, VII e VIII, da LEP), fora criada a figura do juiz corregedor dos presídios cuja atuação, em diversas unidades da federação, a exemplo do estado de São Paulo, atrela-se às orientações e determinações da Corregedoria Geral de Justiça, em violação da jurisdicionalização, eis que versa sobre medidas jurisdicionais de tutela da dignidade humana, que transcendem a seara administrativa.

⁵⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 121, de 5 de outubro de 2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=92>>. Acesso em: 31 out. 2021.

5.3 Levantamento de dados: atuação judicial por temas

5.3.1 Proibição de tratamento desumano e degradante e superlotação

A primeira atuação diz respeito a diversos direitos discutidos no bojo da Ação Civil Pública (ACP) nº 0003202-28.2014.8.26.0411, proposta pelo NESC em face do estado de São Paulo, junto à 1ª Vara do Foro de Pacaembu, objetivando a interdição do setor disciplinar da Penitenciária de Pacaembu, considerando as péssimas condições humanas aos presos, como higiene, ventilação, salubridade, entre outros, e pleiteando, liminarmente, a retirada da porta da “cela solitária”, transferência de presos de setor, abastecimento contínuo de água potável e banho de sol, o que evidenciam tratamento desumano e degradante.

O juízo de primeiro grau proferiu decisão declinando da competência em favor do juízo das execuções penais de Tupã. A 13ª Câmara de Direito Público do TJSP negou provimento ao agravo de instrumento nº 2138987-94.2014.8.26.0000, interposto pelo NESC, e aplicou-lhe efeito translativo, para declarar a ilegitimidade passiva do estado de São Paulo e extinguir a ACP sem resolução do mérito. Ao conflito de jurisdição nº 0061018-37.2014.8.26.0000 foi negado seguimento, pela perda superveniente de objeto. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão monocrática proferida pelo ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, a seu turno, deu provimento ao Recurso Especial nº 1.814.223, interposto pelo NESC, para admitir a possibilidade jurídica da demanda e a legitimidade passiva do Estado e, ainda, para determinar o retorno dos autos ao TJSP, a fim de que analise o foro competente. O Estado recorreu, e a Primeira Turma do STJ manteve a decisão.

Já a ACP nº 0021267-64.2013.8.26.0554, foi ajuizada pela Defensoria Pública, por meio do NESC, juntamente com o Ministério Público e a Pastoral Carcerária Nacional, em face do estado de São Paulo, e visa a, entre outras coisas, solucionar a superlotação no Centro de Detenção Provisória (CDP) de Santo André que, construído com capacidade para 512 detentos, abrigava, em 2 de maio de 2013, 1.834 internos. Para tanto, pleiteou-se, além de medidas referentes ao racionamento de água, a remoção dos indivíduos já sentenciados a penitenciárias adequadas, no prazo máximo de 90 dias, e a proibição do ingresso de novos detentos na unidade até que os atuais presos sentenciados fossem removidos, além da fixação de indenização por dano moral coletivo.

Em primeira instância, o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Santo André julgou improcedente a demanda, alegando, em síntese, que o problema da superlotação do CDP de Santo André seria transferido junto com os presos para outras unidades prisionais; o que não

se justifica, ademais, não haveria omissão do Poder Público que, apenas em 2013, inaugurou cinco novas unidades prisionais no Estado. Assim, não se justificaria intromissão do Poder Judiciário nos atos típicos de gestão do Poder Executivo. A 3ª Câmara de Direito Público do TJSP, a seu turno, confirmou a sentença, havendo Recurso Especial pendente de julgamento (conforme consulta em 24 de outubro de 2021).

A Defensoria Pública, por meio do NESC, atua na condição de requerida no bojo na Ação Rescisória nº 2107418-36.2018.8.26.0000, promovida pelo estado de São Paulo, a fim de rescindir o acórdão da 10ª Câmara de Direito Público do TJSP, de relatoria do Desembargador Marcelo Semer que, nos autos da ACP nº 3031082-93.2013.8.26.0405, promovida pelo NESC junto à 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Osasco, deu provimento à apelação por ele interposta para determinar ao estado de São Paulo que reduza o número de encarcerados nos CDPs I e II de Osasco para o limite de 1.000 presos, proibindo-se o recebimento de novos detentos, haja vista que, na ocasião do ajuizamento da ação, estavam ocupados por população carcerária quatro vezes maior do que a permitida.

No acórdão rescindendo, destacou-se que a atuação judicial, diante da violação de direitos constitucionalmente tutelados, não viola o princípio da separação dos poderes, e que o Poder Judiciário não está autorizado a se omitir na sua função de apreciar qualquer lesão ou ameaça de direito, mormente aqueles que dizem respeito à dignidade humana, integridade física e moral de um preso, sob o pretexto de que a sua proteção ensejará a inobservância do direito de outro indivíduo em condições similares. Isso porque, na mesma medida em que os presos cumprem pena, pela infringência da lei, quem executa a pena também tem a responsabilidade de fazê-lo dentro da lei, sob pena de se inserir em ilícito. Assim, a execução de pena cruel e degradante resulta no descumprimento da obrigação assumida pelo próprio Estado-executor, devendo ser apreciada pelo Estado-Juiz.

Contudo, o 5º Grupo de Direito Público do TJSP julgou procedente a ação rescisória, vencidos os 3º, 4º e 5º juízes. Um dos argumentos utilizados pelo relator Oscild de Lima Júnior foi o de que considerar a situação do CDP de Osasco de forma isolada implicaria fatalmente no agravamento do estado de calamidade existente em outras unidades prisionais. Está pendente a declaração de voto vencido, conforme consulta em 23 de outubro de 2021.

Outra atuação foi a impetração do *Habeas Corpus* (HC) Coletivo nº 183.280/SP perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de cessar o ilegal excesso de execução das pessoas presas no Centro de Progressão de Pena (CPP) Masculino de Pacaembu e na Ala de Progressão de Pena da Penitenciária Feminina de Tupi Paulista, determinando o respeito ao limite da capacidade do estabelecimento, conforme artigo 85 da LEP, por meio da imediata

antecipação da saída, nos termos da Súmula Vinculante nº 56 do STF⁵⁵⁸, dos sentenciados que estão mais próximos de atingir o lapso de saída ou já o atingiram, bem como garantir a efetividade da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, no período de pandemia. O ministro relator Edson Fachin negou seguimento ao HC, e o agravo regimental não foi provido. Ainda não houve trânsito em julgado (consulta em 24 de outubro de 2021).

Ainda sobre a Súmula Vinculante nº 56, o NESC ajuizou a reclamação constitucional autuada sob o nº 24974, contra decisão proferida pelo juízo de direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Campinas, objetivando à concessão de prisão albergue domiciliar para sentenciados encarcerados em Franco da Rocha, que aguardavam vaga no regime semiaberto, sob o fundamento de que referida decisão violou o comando da Súmula Vinculante nº 56. A ação foi julgada improcedente pelo ministro relator Edson Fachin, em decisão de 26 de agosto de 2016. Não houve interposição de agravo em decorrência da perda ulterior do objeto da ação, já que todos os sentenciados listados na inicial foram transferidos posteriormente para o regime adequado.

O NESC fez pedido de extensão de efeitos no HC Coletivo nº 568.693/ES, em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deferiu a ordem para determinar a soltura das pessoas que se mantinham em estabelecimentos prisionais do estado do Espírito Santo por ausência de recolhimento da fiança, no contexto da pandemia do coronavírus, a fim de abarcar as pessoas presas no estado de São Paulo. A ordem foi concedida para todo o país em acórdão de 14 de outubro de 2020, com trânsito em julgado em 9 de março de 2021 (consulta em 24 de outubro de 2021).

Outra atuação ocorreu no contexto do mutirão feito pelos integrantes do NESC para aplicação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade para pena restritiva de direitos de pessoas condenadas por tráfico privilegiado à pena de 1 ano e 8 meses, que estão em regime fechado ou semiaberto. Conforme consta no relatório de atividades relativo ao período de 1º de agosto de 2020 a 31 de janeiro 2021, foram feitos alguns pedidos de extensão, na tentativa de se coletivizar algumas decisões favoráveis, sendo que, no HC nº 596.603/SP, impetrado pelo NESC ao STJ, o ministro relator Rogério Schietti, acompanhado

⁵⁵⁸ “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Acerca de tais parâmetros: “Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado” (RE 641320. Ministro relator Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 11 de maio de 2016).

pela 6ª Turma, concedeu a ordem, estendendo os efeitos para fixar o regime aberto a todas as pessoas presas que se encontrassem na mesma situação (condenados, por delito de tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses, em regime fechado); em relação aos presos condenados, pelo delito de tráfico privilegiado, a penas menores do que 4 anos de reclusão – salvo os casos de condenação a 1 ano e 8 meses – determinar que os respectivos juízes das varas de execução penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos reavaliem a situação de cada um, de modo a verificar a possibilidade de progressão ao regime aberto em face de eventual detração penal decorrente do período em que tenham permanecido presos cautelarmente; aos condenados que atualmente cumprem pena por crime de tráfico privilegiado, em que se reconhecem todas as circunstâncias como favoráveis, e aos que vierem a ser sancionados por tal ilicitude (mesmas circunstâncias fáticas), determinar que não se imponha – devendo haver pronta correção aos já sentenciados – o regime inicial fechado de cumprimento da pena. Foi admitido o Recurso Extraordinário do Ministério Público de São Paulo (MPSP) em 16 de agosto de 2021, ainda pendente de julgamento (consulta em 24 de outubro de 2021).

O NESC atuou como *amicus curiae* no HC Coletivo nº 143.641/SP, do STF, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU) a favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. A 2ª Turma do STF, em acórdão de 20 de fevereiro de 2018, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP) – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Destarte, no caso de a detida ser tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte a diretriz de excepcionalidade da prisão, sendo que, no caso de entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado artigo 319 do CPP. A turma estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Outra atuação acerca do tema mães no cárcere, mas no contexto da pandemia do coronavírus, se dá no HC coletivo nº 186.185/SP, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (STF), pelo NESC, em conjunto com defensorias públicas de outros 15 estados, que visa à substituição da prisão em estabelecimento prisional por prisão domiciliar para mulheres gestantes e lactantes, entendidas essas como as mulheres com filhos de até dois anos de idade. Houve interposição de agravo regimental, ao qual foi negado provimento, sob o fundamento de inadequação da via eleita, com trânsito em julgado em 4 de novembro 2020 (consulta em 23 de outubro de 2021).

Ainda no contexto da pandemia do coronavírus, o NESC impetrou HC coletivo perante o TJSP (HC nº 2056672-96.2020.8.26.0000), pleiteando a revogação das prisões processuais de todos os idosos, por se enquadrarem no grupo de risco da COVID-19, bem como a concessão de prisão albergue domiciliar aos que estão cumprindo pena em regime aberto ou semiaberto, ou a antecipação das suas saídas temporárias e, alternativamente, a concessão dessas benesses, ao menos, aos idosos que foram condenados ou que respondem a processos por crimes praticados sem violência ou grave ameaça. Ante o não conhecimento do HC pela Presidência da Seção de Direito Criminal, foi impetrado o Mandado de Segurança nº 2091074-09.2020.8.26.0000 perante o órgão especial do TJSP, que foi denegado. Também foram impetrados HCs coletivos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (HC nº 583.967/SP e nº 620.755/SP) e STF (HC nº 188.997/SP), sendo que o STJ reconheceu a perda de objeto parcial do HC nº 620.755/SP, com a concessão da ordem no HC nº 583.967/SP, a fim de anular a decisão da Presidência da Seção Criminal do TJ/SP e, por conseguinte, determinar a redistribuição do HC nº 2056672-96.2020.8.26.0000 à câmara criminal competente para o exame da impetração coletiva. Nesse sentido, a 6ª Câmara de Direito Criminal do TJSP denegou a ordem, acolhendo os argumentos do desembargador relator Ricardo Cardozo De Mello Tucunduva, no sentido de que é incabível a soltura de todos os idosos, de forma genérica, que os encarcerados de todas as idades têm recebido especial atenção do Poder Judiciário durante a pandemia e que a concessão da ordem afrontaria o princípio do juiz natural. Houve trânsito em julgado em 3 de fevereiro de 2021 (consulta em 24 de outubro de 2021).

O NESC, em conjunto com a DPU, impetrou perante o TJSP, o HC Coletivo nº 2053753-37.2020.8.26.0000, em favor de todas as pessoas presas ou que vierem a ser presas e estejam nos grupos de risco da pandemia de coronavírus, daqueles em regime semiaberto e dos condenados ou acusados por crimes sem violência ou grave ameaça, conforme Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), contra atos coatores do TJSP e de todos os juízos criminais e de execução penal de São Paulo. Decisão da Presidência da Seção Criminal

do TJ/SP indeferiu liminarmente o processamento do HC, contra a qual foi impetrado HC Coletivo no STJ (nº 568.981), também indeferido liminarmente por decisão do ministro relator Joel Ilan Paciornik. Ambas as decisões foram fundamentadas na imprecisão da definição das autoridades coatoras, da coletividade de pacientes e dos atos coatores (trânsito em julgado em 5 de maio de 2021 – consulta em 24 de outubro de 2021).

No contexto da pandemia, o NESC peticionou no HC nº 580.510, em trâmite no STJ e impetrado pelo defensor público Saulo Dutra de Oliveira, para buscar a extensão de efeitos da decisão do ministro relator Antonio Saldanha Palheiro, que deferiu a liminar para determinar a colocação em regime aberto de todos os presos da Penitenciária 2 de Potim que já possuíam decisão de progressão ao regime semiaberto, de modo a abarcar também as pessoas que permaneciam presas na Penitenciária 1 de Potim, em que pese houvesse decisão progredindo para regime semiaberto. O pedido liminar de extensão para Potim 1 foi indeferido em 29 de julho de 2020 pelo ministro João Otávio De Noronha e o processo está em andamento (consulta em 23 de outubro de 2021).

A última atuação se dá em conjunto com a Regional de Campinas (Unidade Limeira), da Defensoria Pública do Estado, que propôs a ACP nº 3009905-67.2013.8.26.0019 em face do estado de São Paulo, perante a Vara do Júri, Execuções Criminais e da Infância e da Juventude do Foro de Americana e que questiona, dentre outras coisas, a superlotação no CDP de Americana, requerendo, inclusive, a interdição parcial do estabelecimento com o objetivo de controlar a superlotação carcerária.

Foi concedida tutela antecipada para coibir o encaminhamento ou recebimento de novas pessoas presas naquela unidade prisional até que se atinja a capacidade máxima prevista no projeto arquitetônico. Contudo, a decisão foi cassada no bojo da medida de suspensão de liminar nº 0203904-93.2013.8.26.0000, na qual o então presidente do TJSP, desembargador Ivan Sartori, deferiu o pedido de suspensão, sob os argumentos de que “representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”, e que a superlotação é problema antigo e que aflige, em maior ou menor grau, quase todos os estabelecimentos penais paulistas, de modo que não é razoável resolver o problema de uma unidade em detrimento das demais.

Em decisão exarada em primeira instância, houve reanálise do pedido de tutela antecipada, e que novamente deferiu o pedido da Defensoria Pública, determinando a imediata transferência dos presos, até que se chegue ao denominado “limite tolerável”, fornecido pelo CNPCP, como forma de reduzir a ocupação para um máximo de 137,5% do número de vagas,

selecionando detentos para transferência e/ou regime de progressão. Contra essa decisão, agravou o requerido, e a 3ª Câmara de Direito Público do TJSP deu provimento ao recurso, acolhendo os argumentos do relator Marrey Unt, no sentido de que a judicialização constante do tema da superlotação do sistema carcerário paulista não é a melhor solução, haja vista a necessidade de adoção de política pública para cuidar do assunto, além de que a decisão agravada não se fundou em fatos novos e que a decisão de suspensão de liminar exarada pela presidência do tribunal tem vigência até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal, que ainda está em andamento, conforme consulta em 26 de outubro de 2021.

5.3.2 Assistência material

5.3.2.1 Alimentação

A primeira atuação foi no bojo da ACP nº 1000021-90.2017.8.26.0283, ajuizada pelo NESC, em conjunto com o membro do NESC Vinícius da Paz Leite, contra o estado de São Paulo, questionando o racionamento de alimentação e o horário de distribuição das refeições na Penitenciária de Itirapina.

O juízo de primeira instância julgou parcialmente procedente a demanda, determinando que o requerido fornecesse aos detentos mais uma refeição diária, devendo esta ser incluída entre o jantar e o café da manhã, cujo horário deve ser definido a critério da direção do estabelecimento prisional, ficando ainda possibilitado ao requerido, para suprir essa lacuna, o fornecimento de gêneros alimentícios que possam ser consumidos pelos detentos dentro das próprias celas, bem como que implemente efetivamente os cardápios consoante os parâmetros preestabelecidos, tanto no que se refere ao tipo de alimento (verduras, legumes e frutas) como em relação à quantidade. Contudo, a 1ª Câmara de Direito Público do TJSP, ao dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo estado de São Paulo, julgou parcialmente procedente a ACP, para determinar tão somente a adequação do horário das refeições, de modo a reduzir o correspondente período com relação ao horário do café da manhã, em respeito ao princípio da igualdade, coadjuvado pelos da razoabilidade e proporcionalidade em face das demais unidades prisionais, asseverando que não houve mínima constatação de inadequação de serviço precário de alimentação aos presos apta a ensejar o acréscimo de mais uma refeição entre o jantar e o café da manhã ou implementar cardápio diverso. A ACP transitou em julgado em 18 de junho de 2019 (consulta em 28 de outubro de 2021).

Já a ACP nº 1029279-25.2018.8.26.0053, ajuizada pelo NESC, em conjunto com o Instituto Pro Bono, em face do estado de São Paulo, pleiteia o fornecimento de alimentação adequada a todas as pessoas privadas de liberdade, durante o “trânsito” para audiências nos fóruns estaduais e enquanto aguardarem qualquer ato judicial, além da condenação do estado a pagar indenização por danos morais coletivos e individuais homogêneos. Foi feito pedido de concessão de liminar para assegurar que os presos em “trânsito” sejam regularmente alimentados.

Sentença proferida em 4 de novembro de 2020, pela 14ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, deferiu a liminar e julgou procedente a ACP para, em suma, condenar o estado de São Paulo a fornecer às pessoas privadas de liberdade a refeição principal na unidade judicial (café da manhã, almoço e/ou jantar, conforme o horário), quando ainda não as tiverem realizado nas unidades prisionais, não devendo as refeições principais de almoço e jantar serem substituídas por simples lanches, salvo quando o intervalo entre as refeições for superior a três horas, ocasião em que deverá ser fornecido lanche, observando-se em todos os casos (refeições principais ou lanches) o fornecimento de alimentação adequada do ponto de vista nutricional nos termos da Resolução nº 03/17, do CNPCP; destarte, condenou o requerido a pagar indenização por danos morais coletivos no patamar de R\$ 240.000,00, e a pagar indenização por danos individuais homogêneos no valor (pisso) de R\$ 2.200,00 por pessoa lesada. Há apelação interposta pelo estado de São Paulo, ainda pendente de julgamento, conforme consulta realizada em 23 de outubro de 2021.

Outra atuação ocorre na ACP nº 1039521-72.2020.8.26.0053, promovida pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), em face do estado de São Paulo, que tem por objetivo a garantia de direitos às pessoas presas durante o período de pandemia. Houve ingresso da Defensoria Pública, por meio do NESC, na condição de assistente litisconsorcial do autor.

Sentença proferida em 14 de maio de 2021, pela 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, que julgou extinto em parte o feito, sem resolução de mérito, quanto aos pedidos de competência do juízo de execuções criminais (que versam sobre questões relacionadas ao exame criminológico, banho de sol e regularização dos “jumbos”), bem como aqueles já apreciados em ações outras (fornecimento de kits de higiene, disponibilização de equipes médicas, isolamento de recém ingressos, campanhas sobre a COVID), e parcialmente procedente a demanda para determinar que o estado de São Paulo garanta o acesso ininterrupto de água nas penitenciárias do estado e, ainda, que sejam observadas as normas sanitárias no preparo e no armazenamento da alimentação fornecida aos detentos. Há apelações interpostas

pelas partes, ainda pendentes de julgamento, conforme consulta realizada em 23 de outubro de 2021.

5.3.2.2 *Vestuário e itens de higiene*

No bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que pleiteia a declaração pelo STF de que o sistema penitenciário brasileiro constitui um ECI, o NESC peticionou, em conjunto com outras entidades, requerendo o implemento de medida cautelar incidental, com determinação, aos Poderes Executivo e Judiciário, de tomada de providências de urgência objetivando a preservação da vida, da dignidade e da saúde dos presos, considerada a calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19; entre elas, a prestação de assistência material integral aos presos, com entrega suficiente do kit de higiene e limpeza. Contudo, o ministro Marco Aurélio negou seguimento ao pedido, sob o fundamento de inadequação das providências de urgência, ante o recesso do STF e a ampliação do pedido inicial.

5.3.3 Assistência à saúde

Ainda que não encontre expressa previsão legal, é certo que o direito ao banho de sol é corolário do direito à saúde. Nesse sentido, o NESC fez pedido de extensão de efeitos no HC Coletivo nº 172.136/SP, impetrado pelo NESC, que pleiteava inicialmente a determinação do fornecimento de banho de sol nos setores de castigo e seguro da Penitenciária Tacyan Menezes de Lucena, em Martinópolis/SP, e que, após nova incidência a partir dos relatórios de inspeção produzidos pelo NESC, foi estendido para todo o estado de São Paulo e, posteriormente, de ofício pela Segunda Turma do STF, em acórdão publicado em 1º de dezembro de 2020 para todo o país⁵⁵⁹.

Assim, o STF, entendendo pela legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas, inclusive em matéria penitenciária, em face do ECI, com a preponderância, nas

⁵⁵⁹ Salientamos que, anteriormente, a Sexta Turma do STJ havia negado provimento ao agravo regimental interposto pelo NESC no HC nº 269.265/SP, por entender que o HC Coletivo é via inadequada para tratar da ausência de banho de sol aos presos na Penitenciária de Martinópolis. Em face desse acórdão, o NESC impetrou no STF o HC nº 118.536/SP e, em decisão monocrática, o ministro Dias Toffoli determinou que o STJ conhecesse do HC nº 269.265 e analisasse o mérito. Contudo, em decisão monocrática, a ministra Laurita Vaz não conheceu do HC, pelos mesmos fundamentos anteriormente utilizados pela turma (trânsito em julgado no STJ em 21 de fevereiro de 2019 – consulta em 27 de outubro 2021).

chamadas “escolhas trágicas”, do mínimo existencial em detrimento dos da reserva do possível, determinou que seja assegurado a todos os presos (tanto os condenados quanto os provisórios), especialmente aos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar, o direito à saída da cela pelo período mínimo de duas horas diárias para banho de sol, independentemente do estabelecimento penitenciário a que se achem recolhidos (ou seja, mesmo em favor daqueles sujeitos ao regime disciplinar diferenciado [RDD]). Ainda não houve trânsito em julgado (consulta em 24 de outubro de 2021).

Outra atuação se deu em conjunto com a Regional de Bauru da Defensoria Pública do Estado, que propôs a ACP nº 0002461-27.2012.8.26.0453, perante a 2ª Vara do Foro Pirajuí e pleiteava a contratação, pelo estado de São Paulo, de médico psiquiatra para atuar na Penitenciária Rodrigo dos Santos Freitas, em Balbinos/SP, ou, subsidiariamente, a remoção dos detentos constantes da lista apresentada pelo diretor do estabelecimento prisional para local em que disponibilizado o tratamento necessário. A ação foi julgada improcedente, sendo mantida pela 9ª Câmara de Direito Público do TJSP, sob o argumento de que, a despeito da inexistência de médico psiquiatra no local, os detentos seriam devidamente atendidos em suas necessidades. O STF e o STJ negaram provimento aos agravos em face de despachos denegatórios de recurso especial e recurso extraordinários interpostos pelo NESC e houve trânsito em julgado em 13 de maio de 2020 (consulta em 26 de outubro de 2021).

Já a ACP nº 1011978-70.2015.8.26.0053, ajuizada pelo NESC perante a 8ª Vara da Fazenda Pública em face do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HCFMUSP), visando a compelir o hospital a prestar atendimento aos pacientes presos, em igualdade de condições com os demais pacientes, afastadas as restrições ditas discriminatórias da Ordem de Serviço nº 22/2004, que previa atendimento à população carcerária apenas em caso emergencial e de alta complexidade, foi julgada parcialmente procedente, para anular os artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 6º da Ordem de Serviço nº 22/2004, em sua totalidade, e determinar que o requerido cumpra a obrigação constitucional de oferecer as mesmas espécies de tratamentos e exames à população carcerária, em igualdade de condições com os demais pacientes, realizando os procedimentos de média complexidade disponíveis pela Unidade, nos mesmos e exatos termos prestados à população em geral.

Contudo, a 8ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 9 de abril de 2018, deu provimento ao recurso do requerido, para julgar improcedente a ação, entendendo que o pedido inicial busca garantir tratamento privilegiado a uma minoria, em detrimento das normas gerais que regem o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) e, consequentemente, do HCFMUSP, além de representar ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo, o que não

se admite. Houve trânsito em julgado em 22 de maio de 2020, após o STJ negar provimento ao recurso especial interposto pelo autor (consulta em 28 de outubro de 2021).

Há diversas atuações judiciais do NESC pleiteando a disponibilização de equipes mínimas de saúde pelos estabelecimentos penais, sendo que àquelas iniciadas no contexto da pandemia do coronavírus serão tratadas em tópico próprio.

A ACP nº 0060018-19.2012.8.26.0405, proposta pelo NESC em face do município de Osasco e do estado de São Paulo, pleiteando instalação de equipes técnicas mínimas nos CDPs I e II de Osasco, foi remetida por decisão do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Osasco à 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, por entender que há continência entre a ACP proposta pelo NESC e a ACP ajuizada pelo Ministério Público Estadual, sob o nº 0013115-12.2012.8.26.0053, que objetiva a instalação de equipes mínimas de saúde em todas as unidades prisionais do estado de São Paulo.

O juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, em sentença conjunta de 24 de janeiro de 2019, julgou a ação parcialmente procedente para compelir o estado de São Paulo a, no prazo máximo de um ano, independentemente da adesão voluntária dos municípios, dar cumprimento efetivo e total à Deliberação da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) nº 62/2012, que trata da promoção da saúde da população carcerária, inclusive com o fornecimento de medicamentos, insumos terapêuticos e realização de exames e procedimentos terapêuticos, devendo também haver atendimento à saúde inclusive nas unidades prisionais e CDPs com menos de 500 presos, observando-se uma equipe de saúde para no máximo 1.200 presos, podendo tal equipe atender mais de uma unidade prisional. Ambas as partes apelaram, e a 5ª Câmara de Direito Público do TJSP, por maioria de votos, em acórdão de 9 de novembro de 2021, julgou improcedente a ACP, sob o fundamento de que não há omissão do Estado na prestação do serviço de saúde às pessoas presas e que há dificuldades e obstáculos reais da Administração Pública que não são salvo-conduto para não implantar a política pública, mas que devem ser observados na forma legal. Farão declaração de voto vencido o relator sorteado e o quinto juiz (consulta em 10 de setembro de 2021).

Já a ACP nº 1006733-45.2014.8.26.0625, ajuizada pelo NESC em face do município de Taubaté e do estado de São Paulo, que pleiteia a implementação de equipe mínima de saúde no CDP de Taubaté, foi julgada sem resolução de mérito, sob o fundamento de ilegitimidade passiva da municipalidade e litispendência entre a ação e a ACP nº 0002345-58.2010.8.26.0625, proposta pelo Ministério Público. A sentença foi confirmada por acórdão de 9 de agosto de 2018, da 6ª Câmara de Direito Público do TJSP, com trânsito em julgado em 14 de novembro de 2018 (consulta em 27 de outubro de 2021).

O NESC ajuizou a ACP nº 1002500-11.2018.8.26.0222, perante a 2ª Vara Judicial do Foro de Guariba, em face do estado de São Paulo e do município de Guariba, pleiteando a instalação de equipe mínima de saúde na Penitenciária Feminina de Guariba. O feito foi extinto sem resolução de mérito em relação à municipalidade, sendo concedida liminar, determinando que o requerido forneça, no prazo de 45 dias, equipe mínima de saúde, nos moldes da Deliberação CIB/SP nº 62/12⁵⁶⁰, ou outro mecanismo legal, para o atendimento constante *in loco* às presas na Penitenciária de Guariba. A liminar foi parcialmente mantida pela 2ª Câmara de Direito Público do TJSP, que deu parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pelo requerido, apenas para estender o prazo de cumprimento para 120 dias. Foi negado seguimento ao recurso especial e extraordinário interpostos pelo requerido e o processo está em andamento em 1º grau (consulta em 24 de outubro de 2021).

Em conjunto com Ministério Público estadual, o NESC ajuizou a ACP nº 0002394-21.2014.8.26.0153, perante a 1ª Vara do Foro de Cravinhos, em face do estado de São Paulo e do município de Serra Azul, requerendo a instalação de equipe mínima de saúde no CDP de Serra Azul, nos termos da Portaria Interministerial nº 1.777/2003⁵⁶¹, ou, subsidiariamente, da Deliberação CIB/SP nº 62/12, além do fornecimento de medicamentos necessários à saúde dos presos. A ação foi julgada procedente, condenando os requeridos a disponibilizar equipe mínima de saúde no CDP de Serra Azul, nos termos da Deliberação CIB nº 62/2012, bem como a fornecer os medicamentos reputados necessários por tal equipe, sendo mantida por acórdão de 6 de junho de 2018, proferido pela 13ª Câmara de Direito Público do TJSP, e que transitou em julgado em 3 de outubro de 2019 (consulta em 26 de outubro de 2021).

Foi ajuizada pelo NESC a ACP nº 0007252-07.2015.8.26.0268, perante a 3ª Vara do Foro de Itapequerica da Serra, e em face do estado de São Paulo e da municipalidade, pleiteando a manutenção de equipes mínimas de saúde no CDP de Itapequerica da Serra, bem como o fornecimento dos medicamentos necessários. A sentença foi julgada procedente, para condenar os requeridos a providenciarem, em 90 dias, a contratação e posterior manutenção de equipe mínima de saúde no estabelecimento prisional, sem prejuízo do fornecimento dos medicamentos que se mostrarem necessários ao tratamento dos custodiados, conforme parecer da equipe de saúde. A 9ª Câmara de Direito Público do TJSP deu parcial provimento ao recurso do estado de São Paulo apenas para alterar o prazo de cumprimento da obrigação principal para

⁵⁶⁰ A Deliberação CIB nº 62/2012 prevê que as equipes de saúde nos estabelecimentos penais com população entre 500 e 1.200 presos deverão ser compostas, no mínimo, por 1 médico (20 horas semanais), 1 dentista (20 horas semanais), 1 enfermeiro (30 horas semanais) e 2 auxiliares de enfermagem (30 horas semanais).

⁵⁶¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

120 dias e reduzir o valor da multa diária para caso de descumprimento, bem como os honorários advocatícios. O STF, no bojo do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1241714, reconheceu repercussão geral em 4 de novembro de 2019 (consulta em 24 de outubro de 2021).

O NESC propôs a ACP nº 4006140-65.2013.8.26.0506, perante a 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Ribeirão Preto, em face do estado de São Paulo e do município de Ribeirão Preto, pleiteando a instalação de equipes mínimas de saúde na Penitenciária Masculina de Ribeirão Preto, nos termos da Portaria Interministerial nº 1.777/2003, ou, subsidiariamente, nos termos da Deliberação CIB/SP nº 62/12, bem como a fornecer os medicamentos necessários. A sentença foi julgada procedente, para condenar os requeridos a disponibilizarem equipe mínima de saúde na unidade prisional, nos termos da Deliberação CIB nº 62/12, bem como a fornecer os medicamentos necessários. A 2ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 11 de abril de 2017, deu parcial provimento aos recursos dos requeridos, fixando o prazo de um ano a contar do trânsito em julgado do acórdão para cumprimento da ordem judicial de disponibilização de equipe mínima de saúde na Penitenciária Masculina de Ribeirão Preto, exclusivamente a cargo do estado de São Paulo, cabendo à municipalidade colaborar na assistência médica e farmacêutica aos custodiados prestada no âmbito externo à unidade, mantendo, no mais, a sentença. O julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo estado, conforme consulta em 27 de outubro de 2021, está suspenso, ante o reconhecimento de repercussão geral⁵⁶².

No mesmo sentido, foi proposta pelo NESC a ACP nº 0001828-55.2013.8.26.0073, perante a 2ª Vara Cível do Foro de Avaré, em face do estado de São Paulo e do município de Avaré, pleiteando a instalação de equipes mínimas de saúde na Penitenciária I Dr. Paulo Luciano de Campos, em Avaré, nos termos da Portaria Interministerial nº 1.777/2003, ou, subsidiariamente, nos termos da Deliberação CIB/SP nº 62/12, bem como a fornecer os medicamentos necessários. A sentença foi julgada procedente e mantida pela 13ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 30 de novembro de 2016, para condenar os requeridos a disponibilizarem equipe mínima de saúde na unidade prisional, nos termos da Deliberação CIB nº 62/12, bem como a fornecerem os medicamentos necessários. O julgamento do recurso extraordinário interposto pelo Estado, conforme consulta em 28 de outubro de 2021, está suspenso, ante o reconhecimento de repercussão geral.

⁵⁶² Tema nº 698, do STF: “Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção”.

Ainda, o NESC propôs a ACP nº 0002574-21.2013.8.26.0590, perante a Vara da Fazenda Pública do Foro de São Vicente, em face do estado de São Paulo e do município de São Vicente, pleiteando a instalação de equipes mínimas de saúde na Penitenciária I Dr. Geraldo de Andrade Vieira e no CDP Luís Cesar Lacerda, em São Vicente, nos termos da Portaria Interministerial nº 1.777/2003, ou, subsidiariamente, nos termos da Deliberação CIB/SP nº 62/12, bem como a fornecer os medicamentos necessários. O feito foi extinto sem resolução de mérito em relação à municipalidade, e a sentença foi julgada procedente para condenar o estado a implementar, em até 120 dias, equipes mínimas de saúde em ambos os estabelecimentos penais, nos termos da Portaria Interministerial nº 1.777/MS/MJ, de 8 de setembro de 2003, até a efetiva implementação da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), e a disponibilizar adequada assistência farmacêutica nessas unidades. Contudo, a 2ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 23 de setembro de 2021, julgou improcedente a ACP, acolhendo o entendimento exagerado no voto do relator Carlos Von Adamek, pelo qual o réu “não se manteve omissor, porquanto, desde março de 2012, tem realizado concursos para admissão de profissionais de saúde destinados a suprir as necessidades das penitenciárias do Estado de São Paulo, porém, sem sucesso”. O processo ainda está em andamento (consulta em 24 de outubro de 2021).

Há, ainda, a ACP nº 1003945-75.2018.8.26.0477, proposta pelo NESC perante a Vara da Fazenda Pública do Foro de Praia Grande, em face do estado de São Paulo e do município de Praia Grande, que busca a contratação de equipe de saúde no CDP de Praia Grande nos moldes da Portaria Interministerial nº 01/2014 e da Portaria nº 482/2014 do Ministério da Saúde, ou, subsidiariamente, nos termos da Deliberação CIB nº 62/12. O processo foi extinto sem resolução de mérito, sob o fundamento de haver coisa julgada, por tratar da mesma questão de fundo de outra ACP promovida pelo Ministério Público, apesar de os pedidos serem distintos. A 8ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 5 de junho de 2019, julgou improcedente a ACP, sob o fundamento de que “não é possível concluir que o Estado tem sido omissor e, sobretudo, determinar como fazer algo mais do que está acima de suas capacidades financeiras, e para além do mínimo existencial providenciado para o resto da população”, além do argumento de que o Poder Judiciário não pode intervir na esfera de gestão penitenciária, afeta ao Poder Executivo. O STJ negou seguimento ao agravo contra despacho denegatório de Recurso Especial (ARESP nº 1.819.201) em 12 de agosto de 2021, estando pendente o julgamento, pelo STF, do agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário (ARE nº 1.351.827), conforme consulta em 11 de novembro de 2021.

A ACP nº 3000041-64.2013.8.26.0161, proposta pelo NESC perante a Vara da Fazenda Pública do foro de Diadema, em face do estado de São Paulo e do município de Diadema, busca a instalação de equipes mínimas de saúde no CDP de Diadema, nos moldes da Portaria Interministerial nº 1777/03 ou, subsidiariamente, da Deliberação CIB/SP nº 62/12. A ação foi julgada improcedente, sendo confirmada por acórdão de 2 de fevereiro de 2016, emanado pela 3ª Câmara de Direito Público do TJSP, que acolheu os argumentos do relator José Luiz Gavião de Almeida, para quem, o estado de São Paulo não pode ser compelido a cumprir aquilo que esteja fora de suas condições, de modo que, ainda que reconhecido como inadequado o serviço à saúde prestado aos detentos do referido CDP, “há prioridades outras que devem ser atendidas”, sendo que o estado deve amparar primeiro “a população seguidora das leis, que vive harmonicamente em sociedade, e que também tem grande necessidade no setor médico e hospitalar”. Decisão da Presidência da Seção de Direito Público sobrestou os recursos especial e extraordinário interpostos pelo NESC, por conta da repercussão geral do Tema nº 698, do STF (consulta em 11 de novembro de 2021).

O NESC também propôs a ACP nº 1000992-97.2018.8.26.0620, perante a Vara Única do Foro de Taquarituba e em face do estado de São Paulo e do município de Taquarituba, pleiteando a instalação de equipes mínimas de saúde na Penitenciária Masculina de Taquarituba, nos termos da Portaria-MS/MJ nº 01/2014 e da Portaria-MS nº 482/2014 ou, subsidiariamente, da Deliberação CIB/SP nº 62/12. Sobreveio sentença de improcedência, a qual foi confirmada por acórdão de 30 de julho de 2021, da 2ª Câmara de Direito Público do TJSP, sob o fundamento de inexistência de omissão pelo Poder Público, ante a realização de concursos para admissão de profissionais de saúde para atuarem nos estabelecimentos penais do estado, em que pese a falta candidatos interessados. O STJ negou seguimento ao agravo contra despacho denegatório de recurso especial em 29 de novembro de 2019 (consulta em 24 de outubro de 2021).

5.3.3.1. Emergência sanitária da COVID-19

Ainda sobre a instalação de equipes mínimas de saúde, o NESC ajuizou, no contexto da crise sanitária decorrente da pandemia da COVID-19, a ACP nº 1001012-47.2020.8.26.0417, em face do estado de São Paulo e do município de Paraguaçu Paulista, perante a 3ª Vara do Foro de Paraguaçu Paulista, para a implementação de equipe mínima de saúde na Penitenciária localizada naquele município. Após manifestação do Ministério Público manifestando-se favoravelmente pela concessão da medida em sede liminar, esta foi concedida para que os

requeridos disponibilizassem equipes mínimas de saúde para o atendimento aos presos da Penitenciária Masculina de Paraguaçu Paulista, incluindo médicos no corpo técnico, no prazo de 15 dias. Na decisão, o juízo considerou que conceder as condições mínimas de atendimento médico, a todos, indiscriminadamente, é dever do Estado, e que há perigo da demora, ante a superlotação da unidade prisional, que amplia o risco de contágio pelos presos e profissionais que trabalham no local, de modo que resta justificável o controle judicial da provável omissão estatal.

Decisão monocrática de 25 de junho de 2020, do desembargador relator Marcelo Semer, oriunda da 10ª Câmara de Direito Público do TJSP, deferiu em parte o agravo de instrumento interposto pelo estado de São Paulo, apenas para fixar novo prazo para cumprimento da determinação, de 10 dias úteis, destacando que, ainda que o Estado tenha obrigação ainda maior de garantia à saúde da população carcerária, em relação à coletividade livre, haja vista que a primeira se encontra sob a responsabilidade do Estado, há patente omissão no dever estatal de promover o direito à saúde das pessoas presas, de modo que não merece prosperar a alegação do agravante de que o controle judicial de políticas públicas é possível apenas em caso de patente ilegal, pois no caso em tela nem de ilegalidade se trata, mas de um ECI, já que a unidade prisional tem “ocupação de 211% de sua capacidade, 1.806 pessoas e nenhum médico para atende-las durante uma pandemia que explora justamente a aglomeração e a insalubridade” (processo em andamento em 1º grau – consulta em 11 de novembro de 2021).

Também foi proposta pelo NESC a ACP nº 1000300-74.2020.8.26.0282, perante a Vara Única do Foro de Itatinga e em face do estado de São Paulo, pleiteando a instalação de equipes mínimas de saúde no CDP de Itatinga, nos termos da Portaria-MS nº 482/2014, ou, subsidiariamente, da Deliberação CIB/SP nº 62/12. Sobreveio sentença de improcedência, a qual foi confirmada por acórdão de 31 de março de 2021, da 9ª Câmara de Direito Público do TJSP, sob o fundamento de inexistência de omissão pelo Poder Público, ante a realização de concursos para admissão de profissionais de saúde para atuarem nos estabelecimentos penais do estado, apesar da falta de candidatos interessados, e de que seria antidemocrática a interferência do Poder Judiciário acerca do tema, pois cabe aos representantes eleitos pelo povo a escolha dos direitos que devem ser priorizados diante da escassez de recursos públicos, agravada pela situação de emergência sanitária da COVID-19. Há recursos especial e extraordinário, interpostos pelo NESC, pendentes de julgamento (consulta em 23 de outubro de 2021).

No mesmo sentido, o NESC propôs a ACP nº 1000343-04.2020.8.26.0252, perante a Vara Única do Foro de Ipaussu e em face do estado de São Paulo e do município de Bernardino

de Campos, pleiteando a contratação e a manutenção de equipes mínimas de saúde na Penitenciária Masculina de Bernardino de Campos, nos termos da Portaria Interministerial nº 01/2014 ou, subsidiariamente, nos termos da Deliberação CIB/SP nº 62/12. O juízo de primeira instância extinguiu o feito sem resolução de mérito em relação à municipalidade, sob o fundamento de ilegitimidade passiva, e julgou improcedente a ação em relação ao estado de São Paulo. A 1ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 1º de setembro de 2021, manteve a sentença, sustentando a inexistência de omissão ou atuação ilegal do requerido, em que pese “as condições relatadas pela Defensoria Pública, através da constatação *in loco*, não serem as ideais e necessitarem de aprimoramentos, contratações e principalmente a manutenção dos contratados na equipe de saúde”. Não houve trânsito em julgado e ainda não foi interposto recurso (consulta em 24 de outubro de 2021).

No contexto da emergência sanitária da COVID-19, o NESC fez pedido de habilitação como *amicus curiae* e apresentação de memorial na ADPF nº 684, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para que medidas de enfrentamento ao coronavírus nas prisões fossem adotadas. Ainda não houve nenhuma decisão, estando em andamento no STF (consulta em 24 de outubro de 2021).

Já no bojo da ADPF nº 347, que pleiteia a declaração pelo STF de que o sistema penitenciário brasileiro constitui um ECI, o NESC, que atua na condição de *amicus curiae*, peticionou, em conjunto com outras entidades, requerendo o implemento de medida cautelar incidental, brevemente tratada no item 5.3.2.2, com determinação, aos Poderes Executivo e Judiciário, de tomada de providências de urgência objetivando a preservação da vida, da dignidade e da saúde dos presos, considerada a calamidade pública decorrente da pandemia.

No pedido, o NESC e as demais entidades destacaram, em suma, o sistemático descumprimento, pela maioria dos órgãos jurisdicionais, da Recomendação nº 62/20, do CNJ, trouxeram prognósticos de sanitaristas acerca da disseminação do vírus e da evolução da COVID-19 em ambientes precários, superlotados e insalubres e reputaram como inadequadas as medidas sanitárias previstas na Portaria Interministerial nº 07/2020, dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública e da Saúde⁵⁶³, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência sanitária da COVID-19 no âmbito do sistema prisional, visto que apenas um terço dos estabelecimentos penais dispõe de profissionais de saúde, além do fato de que, em um contexto de superlotação, é impossível que se cumpra a delimitação do distanciamento social

⁵⁶³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%207-20-mj-sp.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

de dois metros entre os presos ou a separação por meio de cortinas. Assim, e após defenderem a pertinência de pedido cautelar incidental na referida ADPF, justificado por contexto fático superveniente, qual seja, a pandemia do coronavírus, e que se coaduna com o reconhecimento do ECI, pleitearam medidas ao Poder Executivo (abstenção de racionamento de água, prestação de assistência material integral aos presos, com entrega suficiente do kit de higiene e limpeza, fornecimento de equipamentos de proteção individual aos agentes da administração penitenciária, manutenção de equipes mínimas de saúde nas unidades ou a elaboração de plano, junto à rede de saúde local, objetivando o atendimento em hospital externo) e ao Poder Judiciário (diversas medidas desencarceradoras, com maior abrangência que a própria Resolução nº 62/20).

Contudo, foi negado seguimento ao pedido, por decisão monocrática do ministro Marco Aurélio, de 2 de abril de 2020, sob o fundamento de que o STF se encontrava em recesso por conta da pandemia, e que o Pleno firmou entendimento no sentido da inadequação das providências de urgência, assentando ampliado o objeto da pretensão formalizada na petição inicial.

5.3.4 Fornecimento de água potável

A primeira atuação se refere à ACP nº 0000662-58.2013.8.26.0470, ajuizada pelo NESC, em face do estado de São Paulo, e em trâmite na Vara Única do Foro de Porangaba (consulta em 27 de outubro de 2021), pleiteando o fornecimento ininterrupto de água potável aos presos das Penitenciárias I e II de Guare, haja vista a existência de sistema de racionamento de água nas unidades prisionais. Houve deferimento da antecipação da tutela e, interposto agravo de instrumento pelo Requerido, sob o nº 0139667-50.2013.8.26.0000, a 6ª Câmara de Direito Público do TJSP deu provimento em parte ao recurso, apenas para dilatar o prazo para cumprimento da determinação e para reduzir o valor da multa diária, destacando a necessidade de ingerência do Poder Judiciário para a garantia do mínimo existencial, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Outra atuação diz respeito à ACP nº 3000250-55.2013.8.26.0477, ajuizada pelo NESC em face do estado de São Paulo, que tramitou na Vara da Fazenda Pública do Foro de Praia Grande, requerendo o reestabelecimento do fornecimento de água potável de forma contínua para os detentos do CDP de Praia Grande.

Houve decisão concedendo tutela antecipada para determinar que o Estado providenciasse, de maneira imediata, o fornecimento contínuo de água potável para o CDP de

Praia Grande, em quantidade suficiente para a satisfação da sede e da higiene dos presos e de todas as pessoas que estejam no estabelecimento, a qual foi cassada por força de agravo de instrumento interposto pelo requerido. Adveio sentença julgando improcedente a demanda, sob o fundamento de que, embora se reconheça as irregularidades apontadas na exordial e apontadas pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, em inspeção realizada no referido estabelecimento penal, a população prisional tem “sobrevivido”, e o Poder Judiciário não possui competência para interferir na discricionariedade do Estado em adotar políticas públicas no âmbito da segurança pública. A seu turno, a 3ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 29 de setembro de 2015, negou provimento ao apelo do NESC, sendo que destacamos trecho extraído do voto do relator desembargador José Luiz Gavião de Almeida, o qual parece adotar de maneira implícita o princípio da *less eligibility* (menor elegibilidade):

Mas, com todo respeito ao entendimento do Parquet, dar parcial provimento ao recurso para determinar ao Estado que observe a regra da dignidade da pessoa humana, fornecendo a água ao Centro de Detenção Provisória, em igualdade de condições com o fornecimento feito à população externa (hospitais, escolas, residências, repartições públicas), é solução inócua e injusta. Há diferença nas necessidades das instituições apontadas e, por isso, não se pode trata-las de forma igual. E a indicação da dignidade da pessoa humana como meta a ser respeitada, em razão da vulgar utilização da expressão, nada de concreto representa. É preciso ter um pouco de consciência da realidade. Atravessa-se crise no abastecimento de água. Querer garantir o fornecimento para uns é buscar racionamento maior para outros. *E de todos aqueles que merecem a atenção do Poder Público, sem dúvida nenhuma os detentos são que menos podem exigir*, pois já mostraram inadaptabilidade à vida em sociedade. Se não cumpriram suas obrigações sociais, não atenderam aos deveres que a todos são impostos, não podem ser os primeiros a gozar dos direitos que essa mesma sociedade conquistou e garante. *É preciso que os órgãos, especialmente os públicos, de defesa da população em geral, tenham mais preocupação com aqueles que respeitam as leis e a convivência harmônica na sociedade que com aqueles que apenas infringem as regras sociais e tornam a vida dos honestos e cumpridores de seus deveres mais difícil*. É preciso pôr um fim em decisões que mais se aproximam da demagogia e da hipocrisia. *Não há indicativo de que o Estado, especialmente o de São Paulo, trate de seus presos de forma degradante*. Gasta-se, com o sistema prisional fortuna que poderia ser melhor aplicada com educação e saúde, por exemplo. Mas isso se faz para aqueles que, mesmo não merecedores da proteção de uma sociedade que foi por eles violentada, tenham a dignidade que hoje tanto se cobra (grifo nosso).

A ACP transitou em julgado em 29 de agosto de 2018 (consulta em 27 de outubro de 2021), após o STJ e o STF denegarem os agravos interpostos pelo NESC.

Outra atuação se dá no bojo da ACP nº 0021267-64.2013.8.26.0554, tratada no item 5.3.1., ajuizada pela Defensoria Pública, por meio do NESC, juntamente com o Ministério Público e a Pastoral Carcerária Nacional, em face do estado de São Paulo, e que busca, além de solucionar a superlotação no CDP de Santo André, o fornecimento de água constante e permanente, com a construção de caixas d’água suficientes para utilização de todos os detentos,

tendo sido julgada improcedente, com sentença confirmada pelo TJSP e Recurso Especial pendente de julgamento (conforme consulta em 24 de outubro de 2021).

Conforme mostramos no item 5.3.1., a ACP nº 0003202-28.2014.8.26.0411, proposta pelo NESC em face do estado de São Paulo junto à 1ª Vara do Foro de Pacaembu, pleiteou, liminarmente, o abastecimento contínuo de água potável na Penitenciária de Pacaembu. Não houve qualquer decisão concessiva de liminar ou de mérito.

Já a ACP nº 1003644-18.2013.8.26.0053, movida pelo NESC em face do estado de São Paulo, perante a 12ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central de São Paulo, tem por objetivo garantir o fornecimento de banho em temperatura adequada às pessoas presas, por meio da instalação de equipamentos adequados para tanto.

Adveio sentença de procedência, a qual teve sua eficácia suspensa por decisão da Presidência do TJSP. A 3ª Câmara de Direito Público do TJSP, em acórdão de 11 de fevereiro de 2021, manteve a sentença de procedência, sendo que o relator Marrey Unt, em seu voto, destacou que não houve violação à separação dos poderes ou à discricionariedade administrativa, haja vista que a Constituição Federal (CF) atribuiu ao Poder Judiciário o poder de corregedor das atividades relativas à custódia de presos, sendo sua atuação necessária na medida em que o sistema prisional paulista desrespeita o estatuto jurídico dos presos. Contudo, o órgão colegiado acolheu os embargos opostos pelo estado de São Paulo para anular o acórdão. Assim, o novo julgamento da apelação está pendente (consulta em 23 de outubro de 2021).

A última atuação ocorre na ACP nº 1039521-72.2020.8.26.0053, que tramitou na 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, já mencionada no item 5.3.2.1, a qual foi julgada parcialmente procedente para, entre outras coisas, determinar que o estado de São Paulo garanta o acesso ininterrupto de água nas penitenciárias do Estado, estando com as apelações interpostas pelas partes pendentes de julgamento.

5.3.5 Assistência educacional e trabalho penitenciário

Acerca do tema assistência educacional, há duas atuações do NESC no período analisado.

A primeira atuação diz respeito à ACP nº 0015931-64.2012.8.26.0053, ajuizada pela DPESP, por meio do NESC, em conjunto com outras entidades, contra o estado de São Paulo, visando à sua condenação a fim de que ofereça ensino fundamental e médio no período noturno e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Santana (PFS), e realize, ao menos no início de cada

semestre letivo, ampla divulgação da oferta de vagas no ensino noturno e chamamento da população carcerária à matrícula, com cominação de multa, em caso de descumprimento.

A ação foi julgada improcedente em primeira instância, sob o fundamento de que não há ilicitude evidente por parte da Administração Pública a justificar intervenção judicial no caso, pois na PFS há oferecimento de ensino nos períodos diurno e vespertino. Contudo, a 10ª Câmara de Direito Público do TJSP deu provimento à apelação interposta pelos requerentes, entendendo que houve evidente omissão inconstitucional na implementação da política pública educacional na PFS, e que é imprescindível garantir às mulheres que cumprem pena na PFS a possibilidade de gozarem do benefício da remição por estudo, conforme a seguinte ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À EDUCAÇÃO. Oferta de ensino fundamental e médio e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) no período noturno às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana. Possibilidade. Omissão inconstitucional configurada. Política pública insuficientemente concretizada. Direito social fundamental componente do 'mínimo existencial' (arts. 6º, 205 e 206, I e 208, I e VI da CF). Violação ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Controle de constitucionalidade. Exercício pelo Judiciário de função típica. Teoria da reserva do possível. Inoponibilidade. Vinculação da política pública a normas constitucionais e legais. Discrecionabilidade administrativa mitigada, que não comporta o não fazer. Garantia às apenadas do direito à remição penal por estudo. Art. 126, § 3º da LEP. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido (Relator Paulo Sergio Brant De Carvalho Galizia. Julgado em 07 de novembro de 2016. Publicado no Diário da Justiça em 16 de novembro 2016).

O processo ainda não transitou em julgado, sendo que o último ato processual foi o sobrestamento pelo STF do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.173.167, em 20 de novembro de 2018, conforme consulta em 26 de outubro de 2021.

A segunda atuação do NESC se refere ao pedido de ingresso como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2182765-41.2019.8.26.0000, promovida pelo procurador geral do estado de São Paulo⁵⁶⁴, por meio da qual o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão publicado em 30 de janeiro de 2020, reconheceu como inconstitucional a Lei estadual nº 16.648/2018, que instituía, “no âmbito dos estabelecimentos carcerários das comarcas do Estado, a possibilidade de remição da pena pela leitura”. O pedido de ingresso formulado pelo NESC foi indeferido pelo TJSP sob o fundamento de extemporaneidade, pois foi feito após o julgamento do mérito. O processo ainda não transitou

⁵⁶⁴ O PGE aduziu a inconstitucionalidade formal da Lei estadual nº 16.648/18, sob os fundamentos de que haveria violação à competência privativa da União (artigo 1º, da Constituição do Estado de São Paulo (CE/SP) e artigos 25, § 1º, e 22, inciso I, ambos da CF), e à competência privativa do Poder Executivo para disciplinar a atividade administrativa do Estado, em termos de organização, funcionamento e direção superior (artigos 5º, caput e §1º e 47, incisos II e XIV; ambos da CE/SP).

em julgado, sendo que o último ato processual foi a distribuição de recurso extraordinário com agravo (ARE 1.331.765) contra decisão de inadmissão do recurso extraordinário, conforme consulta em 24 de outubro de 2021.

Não houve nenhuma atuação judicial do NESC, dentro do recorte proposto, acerca do tema trabalho penitenciário.

5.3.6 Integridade física

Especificamente sobre o tema integridade física, há duas atuações do NESC no período analisado.

A primeira atuação sobre o tema se dá na ACP nº 1063655-37.2018.8.26.0053, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que postula a declaração de que o Grupo de Intervenção Rápida (GIR) tem atuado com excessos, versando sobre o controle da legalidade dos atos de tortura e maus tratos praticados pelo GIR e que ensejam graves violações a direitos humanos fundamentais das pessoas presas no estado de São Paulo. Houve ingresso da Defensoria Pública, por meio do NESC, na condição de assistente litisconsorcial do autor. Trata-se de importante atuação conjunta entre o Ministério Público e a Defensoria Pública, haja vista que o Ministério Público se utilizou, para instruir a petição inicial, além de outras fontes, de diversos relatórios de inspeções e de audiências públicas realizadas pelo NESC, dando conta da prática sistemática de tortura por parte dos agentes do GIR. Ainda não houve julgamento, conforme consulta em 24 de outubro de 2021.

A segunda atuação diz respeito ao Mandado de Segurança (MS) nº 2135309-95.2019.8.26.0000, impetrado pelo NESC contra ato do Corregedor Geral da Justiça do TJSP, que manteve, em sede de recurso inominado, o arquivamento do pedido de providências nº 1000288-57.2017.8.26.0026, instaurado pelo NESC para apurar excessos e desvios ocorridos na Penitenciária Masculina de Avaré, como supostos atos de tortura cometidos pelos agentes penitenciários do GIR, após inspeção prisional realizada pelo NESC, em 11 de setembro de 2017, e recebimento de denúncias de familiares de presos e dos próprios encarcerados, e a fim de requerer providências para adequado funcionamento do estabelecimento prisional, bem como para apuração de responsabilidades.

Conforme consta nos autos, o juízo da Corregedoria dos Presídios da 3ª Região Administrativa Judiciária (RAJ) arquivou o pedido de providências, sob o argumento de que as atribuições da corregedoria seriam de natureza eminentemente administrativa e de fiscalização supletiva, e que os relatos de crimes de abuso de autoridade, tortura e lesão corporal foram

objeto de determinação de instauração de inquérito policial, não cabendo ao corregedor apurar os fatos. Tendo em vista a manutenção do arquivamento do pedido de providências, o NESC impetrou o referido MS, pretendendo, em suma, o seu desarquivamento, para prosseguimento da apuração, e a adoção de providências, a fim de evitar futuros e eventuais excessos do GIR.

O Órgão Especial do TJSP, por maioria, denegou a segurança, sob os seguintes fundamentos, que destacamos. Primeiramente, uma vez determinada a instauração de inquérito policial para a apuração das responsabilidades, eventual apuração paralela pela Corregedoria dos Presídios representaria violação à CF, pois ultrapassaria os limites da separação dos poderes. Destarte, não caberia à Corregedoria dos Presídios impor qualquer punição a agentes eventualmente responsabilizados. Assim, no que diz respeito ao pleito de desarquivamento do pedido de providências, para continuidade da apuração, constatamos que não há violação a direito líquido e certo dos impetrantes. Em segundo lugar, o mandado de segurança é via inadequada para a apreciação das inúmeras providências para o “adequado funcionamento do estabelecimento prisional”, e a fim de evitar futuros abusos cometidos por integrantes do GIR, haja vista a ausência de direito líquido e certo, na medida em que o Ministério Público já ajuizou ACP em 2018 em decorrência dos alegados abusos praticados por integrantes do GIR contra reeducando. Ademais, as providências pleiteadas têm como objetivo prevenir eventual e futuro abuso cometido por integrantes do GIR, carecendo de concretude.

Em sentido contrário, destacamos os principais argumentos utilizados pelo desembargador Antonio Carlos Malheiros, que foi voto vencido ao indicar a concessão parcial da segurança, para determinar o desarquivamento do pedido de providências e produção de provas necessárias à apuração das violações de direitos humanos ali apontadas, editando as portarias administrativas imprescindíveis ao regular funcionamento da unidade prisional: a) aponta que o poder-dever do juiz-corregedor de, além de inspecionar os estabelecimentos penais, tomar as providências para o seu adequado funcionamento, promovendo, quando o caso, a apuração de responsabilidades, está estampado tanto na LEP (artigo 66, inciso VII) quanto nas Normas Judiciais da Corregedoria Geral da Justiça⁵⁶⁵ (artigo 5º, *caput* e §1º), e que o argumento de que eventual atuação do Poder Judiciário, no tema dos autos, feriria o princípio da separação dos poderes restaria rechaçado tendo em vista o reconhecimento, pelo STF, do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro, na ADPF nº 347, no qual, a Procuradoria Geral da República (PGR), em parecer no mérito, defendeu a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas e de

⁵⁶⁵ SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimentos nº 50/1989 e 30/2013**. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=128163>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

planos de ação, em todos os níveis, voltados a garantir o direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos; b) apesar de algumas diligências terem sido adotadas pelo juízo da Corregedoria dos Presídios da 3ª RAJ, elas não foram suficientes, e a determinação da instauração de inquérito policial pelo juízo corregedor dos presídios não é óbice à apuração correcional dos fatos, até porque há expressa previsão de independência das apurações entre as esferas correcionais, cíveis e criminais; assim, a não adoção de todas as providências necessárias para a apuração dos fatos configura ato ilegal.

Em sede de apreciação de agravo regimental em recurso ordinário (AgRg no RMS nº 63626), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou, por unanimidade, provimento ao agravo, entendendo que o Poder Judiciário, no limite de sua atuação correcional, adotou todas as providências necessárias para apuração dos fatos, inclusive com posterior instauração de inquéritos policiais para apuração de eventuais crimes, e que a via eleita não serve para a edição de atos administrativos que limitem ou regulamentem a atuação policial em presídios. O processo ainda está em andamento, conforme consulta em 24 de outubro de 2021.

5.4 Análise de conteúdo

Foram analisadas 42 atuações judiciais do NESC, dentro do recorte proposto, sendo que quatro delas constam em mais de um tema. Assim, verificamos 13 atuações acerca do tema superlotação carcerária e proibição de tratamento desumano e degradante; 4 atuações em relação à assistência material, sendo 3 sobre o direito à alimentação e 1 sobre vestuário e itens de higiene; 19 sobre a assistência à saúde, sendo que 5 delas foram iniciadas no contexto da emergência sanitária da COVID-19; 6 sobre o fornecimento de água potável; 2 em relação à assistência educacional e nenhuma em relação ao trabalho penitenciário; e, finalmente, 2 em relação à integridade física.

Assim, de início, podemos concluir que a assistência à saúde é o tema mais recorrente, seguido da superlotação carcerária, do fornecimento de água potável e de alimentação adequada (que não deixam de ser corolários do direito à saúde). Os temas menos recorrentes são, portanto, assistência educacional, direito à integridade física e fornecimento de vestuário e itens de higiene.

Quanto aos instrumentos processuais mais utilizados pelo NESC, temos que, no tema da superlotação, houve o manejo de 3 ACPs, 1 ação rescisória (na condição da Defensoria Pública como requerida), 1 reclamação constitucional e 8 HCs coletivos. Já acerca da assistência material, houve o manejo de 3 ACPs e 1 ADPF. No que tange à assistência à saúde,

houve atuação, no bojo de 1 HC coletivo, de 16 ACPs e 2 ADPFs. Concernente ao fornecimento de água potável, as 6 atuações se deram por meio de ACPs, do mesmo modo que as 2 atuações relativas ao tema da assistência educacional. Por fim, sobre a integridade física, o NESC se utilizou de 1 ACP e de 1 mandado de segurança.

Portanto, o instrumento mais utilizado pelo NESC, dentro do recorte analisado, é a ACP, seguido dos HCs coletivos.

Das 42 atuações, constatamos que, até a data da consulta do último andamento processual de cada uma das ações analisadas, 21 delas haviam tido resultados desfavoráveis aos pleitos do NESC⁵⁶⁶, o que representa metade do total das medidas pleiteadas, enquanto 14 delas foram favoráveis (um terço do total) e 2 parcialmente favoráveis (4,76%). Finalmente, 5 das atuações (11,90%) nem sequer chegaram a analisar o direito propriamente dito, ainda que liminarmente (em uma delas o pedido de ingresso formulado pelo NESC foi indeferido, de modo que apenas houve tentativa de atuação, 2 estão pendentes de julgamento, 1 foi julgada sem resolução de mérito e a última ainda está pendente de análise acerca do juízo competente).

Assim, se excluirmos essas cinco últimas atuações, temos que 56,75% das decisões que analisaram o pedido, ainda que em sede de liminar, foram desfavoráveis ao NESC, enquanto 37,88% foram favoráveis e 5,37%, parcialmente favoráveis.

Destarte, acerca do tema superlotação carcerária e proibição de tratamento desumano e degradante, das 13 atuações, 9 foram desfavoráveis (69,23%), 3 foram favoráveis (23,07%) e 1 não analisou a questão tratada (7,69%). Excluída esta última, temos que 75,16% dos resultados foram desfavoráveis e apenas 25%, favoráveis ao pleito do NESC.

Sobre o direito à alimentação, todas as três atuações resultaram em decisões favoráveis (100%), em menor ou maior medida, enquanto a única atuação que versa sobre direito ao fornecimento de vestuário e itens de higiene resultou em resultado desfavorável ao NESC (100%).

Já sobre a assistência à saúde, incluindo as atuações iniciadas no contexto da pandemia da COVID-19, das 19 atuações, 10 foram desfavoráveis (52,63%), 7 favoráveis (36,84%) e 2 não analisaram o tema (10,52%). Com a exclusão destas duas últimas atuações, temos que cerca de 58,82% dos resultados foram negativos e 41,17%, positivos. Considerando apenas as 13 ações judiciais que versam sobre a implementação de equipes mínimas de saúde nos estabelecimentos penais e que analisaram o pedido, o NESC obteve maior êxito, na medida em que obteve 6 resultados favoráveis (46,15%) e 7 desfavoráveis (53,84%).

⁵⁶⁶ Para considerar o resultado favorável ou desfavorável ao NESC, para os fins desta análise, levamos em conta a última decisão judicial consultada, independentemente do momento processual ou grau de jurisdição.

Acerca do direito ao fornecimento de água, das seis atuações do NESC, três resultaram em decisões favoráveis (50%), enquanto duas foram desfavoráveis (33,33%) e uma sequer adentrou no tema (16,66%). Excluindo esta última, temos que 60% dos resultados foram favoráveis e 40%, desfavoráveis.

No que tange à assistência educacional, das duas atuações, uma obteve resultado final favorável ao pleito do NESC (50%) e a outra, desfavorável (50%).

Finalmente, quanto às atuações que versam sobre o direito à integridade física, excluindo-se aquela em que ainda não houve decisão, na outra o resultado foi desfavorável (100%).

Assim, das atuações analisadas, é possível concluir que o NESC obteve maior êxito nos seguintes temas: fornecimento de alimentação (100%) e água (60%), assistência educacional (50%) e assistência à saúde (41,17%), com maior êxito nas ações que versam sobre pedido de instalação e manutenção de equipes mínimas de saúde (46,15%).

Por outro lado, é possível verificar que a atuação do NESC encontrou maior resistência do Poder Judiciário nas ações que versam sobre os seguintes temas: proteção à integridade física e fornecimento de vestuário e kit de higiene, nos quais não obteve qualquer resultado favorável, e superlotação carcerária e proibição de tratamento desumano e degradante (75% dos resultados foram desfavoráveis).

Quanto às 12 atuações com resultados desfavoráveis em segundo grau de jurisdição (TJSP), constatamos que o TJSP manteve 8 sentenças de improcedência, reverteu 1 sentença de total procedência e 2 de parcial procedência, julgando improcedentes as ações, e manteve 1 suspensão da liminar concedida em primeiro grau, o que significa que dois terços das atuações do NESC que obtiveram resultados desfavoráveis em segunda instância já encontraram entraves em sentenças de primeiro grau.

Quanto aos argumentos desfavoráveis aos pleitos do NESC mais utilizados pelo Poder Judiciário, destacamos os seguintes: a) falta de omissão do Poder Executivo; b) impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário em matéria de política penitenciária, salvo abusos ou ilegalidades, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes; c) violação do princípio da igualdade (no que tange ao tema da superlotação carcerária, por exemplo, algumas decisões salientaram que o problema da superlotação, caso o pleito do NESC fosse deferido, seria transferido para outros estabelecimentos penais); d) princípio da *less eligibility* (ainda que de maneira implícita, o princípio foi utilizado para negar os pleitos de fornecimento de água e assistência à saúde); e) via processual inadequada.

Já no que se refere às nove atuações com resultados favoráveis em segundo grau de jurisdição (TJSP), temos que uma reverteu sentença que havia julgado improcedente a ACP, uma manteve parcial procedência da ação, mas restringiu o deferimento dos pedidos, três mantiveram, em sede de agravo de instrumento, as decisões que concederam antecipação de tutela e quatro mantiveram sentenças de procedência, o que faz parecer que as chances de êxito em segundo grau são maiores quando o NESC obtém resultado favorável em primeira instância.

Nas 22 atuações que chegaram aos tribunais superiores ou foram perante eles iniciadas, 10 resultaram em decisões desfavoráveis, 6, em decisões favoráveis, e em 6 ainda não houve decisão.

No que tange às atuações do NESC em conjunto com outros atores, elas representam cerca de um terço do total das atuações analisadas (34,88%). Destarte, das três atuações feitas conjuntamente com o Ministério Público do Estado, em uma ainda não houve qualquer decisão. Das demais, o NESC obteve um resultado favorável (50%) e um resultado desfavorável. Já nas três atuações com outras Defensorias Estaduais e/ou com a DPU, houve dois resultados desfavoráveis e um favorável (33,33%). Quanto às quatro atuações conjuntas com defensores públicos e/ou regionais da Defensoria Pública Paulista, o NESC obteve apenas um resultado favorável (25%). Finalmente, no que tange às quatro atuações conjuntas do NESC com entidades diversas e com resultado (há uma ainda sem decisão), ele obteve resultados favoráveis em três delas (75%).

Assim, percebemos que, no que tange às atuações em conjunto analisadas, o NESC teve maior êxito quando atuou conjuntamente com entidades diversas (75%) e com o Ministério Público (50%) e maior resistência quando atuou com outras defensorias estaduais e/ou com a Defensoria Pública da União (66,66% dos resultados foram desfavoráveis), bem como com defensores públicos e/ou regionais da Defensoria Pública paulista (75% de resultados desfavoráveis).

Ante o exposto, constatamos que o NESC atuou em todos os temas tratados no rol do item 3.1, à exceção do trabalho penitenciário, salientando-se que tal ausência não significa que o NESC não adentrou no tema por meio de outras atividades, mas tão somente que não atuou dentro do recorte proposto.

Ademais, das atuações analisadas em que houve análise do pedido principal ou da liminar, o NESC obteve 37,88% de decisões favoráveis e 5,37% parcialmente favoráveis, o que denota que houve uma litigância com impacto social e larga abrangência. Sua atuação também teve bons resultados quando em conjunto com outras entidades.

Não obstante, há temas que parecem ser mais desafiadores à atuação do NESC, chamando atenção o da superlotação carcerária e proibição de tratamento desumano e degradante, tendo em vista que, além de ser o segundo tema mais versado, possui alta taxa de resultados desfavoráveis (75%).

Pelos dados compilados, é possível constatar que o NESC teve maior êxito no primeiro grau, e perante os tribunais superiores, encontrando mais resistência no TJSP.

Além disso, a partir dos argumentos mais recorrentes para negar a fiel observância do estatuto jurídico do preso, acima mencionados, percebemos que parte do Poder Judiciário reluta em reconhecer e dar efetividade a tal estatuto – em que pese a declaração do ECI pelo STF –, em especial ao alegar a falta de omissão do Poder Executivo, apesar de sua responsabilidade, e dos demais poderes, haver sido expressamente reconhecida no julgamento da liminar na ADPF nº 347, além da impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário em matéria de política penitenciária, salvo abusos ou ilegalidade, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, que parece totalmente descabida na medida em que há, mais do que ilegalidade, mas um ECI que exige medidas enérgicas e urgentes por parte de todos os poderes para que seja reduzido.

Nesse sentido, vimos que o princípio da *less eligibility* (menor elegibilidade) é efetivamente utilizado por parte do Poder Judiciário paulista, sendo certo que contribui para a perpetuação do ECI.

Em suma, o papel do NESC, sob uma perspectiva redutora de danos, é ser um ator no processo de deslegitimação do poder punitivo, utilizando-se de discursos e práticas que busquem, de maneira ininterrupta, retirar o véu dos discursos jurídico-penais, revelando o estado de exceção permanente operado intramuros, bem como servir de instrumento ao acesso à justiça da massa carcerária no âmbito do sistema carcerário paulista, composta majoritariamente por jovens, pobres, negros e socialmente marginalizados, sendo que sua atuação judicial na esfera coletiva tem gerado resultados favoráveis, mas ainda tímidos, dentro de um contexto de ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro, haja vista que se faz necessária uma maior adesão dos demais atores do sistema de justiça a uma agenda de redução de danos.

CONCLUSÃO

Em que pese o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativo ao sistema penitenciário brasileiro, no bojo do julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, é certo que o colapso de tal sistema – se é que podemos chamá-lo assim, dada a sua completa disfuncionalidade – já era senso comum antes da decisão da corte.

E isso porque as (inconstitucionais) consequências práticas de tal realidade carcerária são facilmente perceptíveis mesmo aos mais céticos. Nesse sentido, trouxemos ao presente trabalho dados e estatísticas relativos ao sistema carcerário brasileiro e, em especial, ao paulista, que dão conta do grande descompasso que há entre o estatuto jurídico garantidor dos direitos dos presos e a realidade carcerária.

Destarte, tais violações massivas e persistentes do estatuto jurídico do preso demonstram que o sistema prisional brasileiro, além de ilegítimo, opera ilegalmente, pois os órgãos atuantes não costumam exercer seu poder de acordo com a programação legislativa tal como expressa pelo discurso jurídico-penal, em um estado de exceção permanente, que revela um fundo “suplicante” no sistema carcerário nacional.

A fim de problematizar o incontroverso colapso do sistema penitenciário brasileiro, que acarretou o reconhecimento do ECI pelo STF, buscamos desenvolver um arcabouço teórico e fático explicativo.

Assim, o ponto de partida, enquanto pressuposto teórico, foi a ilegitimidade do sistema penal, ante a falsidade do discurso jurídico-penal que busca legitimar, principalmente ao explicitar as funções declaradas da pena, o direito penal moderno, que se prestaria à proteção de bens jurídicos e à limitação ao arbítrio estatal, mas que é denunciada pelas críticas materialista/dialética da pena e negativa/agnóstica.

Conforme vimos, a crítica materialista/dialética busca descortinar o véu que oculta a realidade, apontando as funções latentes da pena e do direito penal, que servem como instrumento de reprodução das desigualdades sociais e do racismo.

Ao nos debruçarmos sobre a história da pena de prisão, restou patente que o fenômeno da criminalização da pobreza não é novo, sendo anterior ao próprio surgimento da prisão-pena, que, apesar de as críticas que denunciam o seu fracasso penal serem simultâneas ao seu surgimento e persistirem até hoje, se mantém como a principal forma de punição da sociedade

moderna, justamente por possuir papel central no controle social da pobreza, sendo, portanto, um sucesso institucional.

De mais a mais, a crítica negativa/agnóstica também considera falsas as funções declaradas da pena, mas é agnóstica quanto às funções reais da pena criminal, propugnando que o poder punitivo, ao atuar de modo irracional e, portanto, ilegítimo, é uma das demonstrações mais significativas do Estado de polícia dentro do Estado de direito, de modo que a função do direito penal deve ser reduzir e conter o poder punitivo.

Contudo, vimos que a seletividade penal, em que pese ser uma característica estrutural do poder punitivo, opera no Brasil em relação a um público-alvo: o jovem, de baixa escolaridade, pobre e negro, servindo de instrumento de expansão do Estado de polícia (reduzindo, em igual medida, o Estado de direito); e o direito penal, que deveria ser redutor e andar de mãos dadas com o Estado de direito, é seletivo, racista e reproduzidor das relações sociais vigentes em todos os níveis de sua manifestação.

Já enquanto pressuposto fático do ECI, discorreremos sobre a persistência da prisão nas sociedades contemporâneas-neoliberais e o fenômeno do encarceramento em massa e sua configuração no Brasil.

É certo que o giro punitivo (ou a “redescoberta” da prisão), experimentado pelos países do Norte Global a partir de 1975, atingiu o Brasil em cheio, ainda que com certo atraso, a partir da década de 1990, sendo que hoje o país já possui a terceira maior população carcerária do mundo, em números absolutos, e uma das maiores taxas de encarceramento. Tal fenômeno parece ser resultante de uma enorme pluralidade de fatores, sendo que tratamos sobre alguns modelos explicativos que foram difundidos pelos países do Norte Global e, em maior ou menor grau, importados pelos países periféricos, a exemplo do Brasil.

Assim, a explicação culturalista de David Garland não se aplica ao Brasil no que tange ao declínio do ideal de reabilitação e à decisiva influência de governos de direita, haja vista que em solo nacional nunca houve investimento com a reabilitação, havendo apenas um correccionalismo “de fachada”, além do fato de que o hiperencarceramento no país não se dá quando os benefícios sociais são retraídos ou eliminados, mas quando são fortalecidos. Possui, de outro modo, plena vigência no país quando trata do populismo penal, com a disseminação de discursos alarmistas propagados pela mídia e pelos agentes de controle, já que o aparato punitivo não para de crescer. A seu turno, o modelo explicativo de Loïc Wacquant, de emergência do neoliberalismo com a consequente retração do Estado social e o aumento do Estado penal não se adequa exatamente à realidade brasileira já que nunca houve Estado social no país, ao menos nos moldes dos países do Norte Global. Já o modelo explicativo de Jonathan

Simon, de governança através do crime, se adequa à atual realidade brasileira, tendo em vista a submissão dos governos à pauta da segurança. Finalmente, a explicação dada por Michelle Alexander se adequa perfeitamente ao passado e ao presente brasileiros, que evidencia a filtragem racial que permeia o processo de criminalização, em todos os níveis, com destaque para a “guerra às drogas” como uma das principais causas do aumento exponencial do encarceramento brasileiro, servindo de instrumento de manutenção da reprodução das desigualdades raciais e que sem dúvidas contribui muito para a configuração do ECI.

Assim, uma vez tratados os pressupostos teórico e fático do ECI do sistema carcerário brasileiro, sua compreensão fica mais fluida.

No julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, o STF destacou que ocorre uma violação generalizada e persistente do estatuto jurídico do preso, decorrente de uma falha estrutural e da falência de políticas públicas, e que há responsabilidade por atos comissivos e omissivos tanto da União quanto dos estados-membros, nas esferas administrativa, legislativa e judiciária. Destarte, extraímos do voto do ministro relator Marco Aurélio que ele vislumbra a possibilidade de superação do estado de inconstitucionalidades, ainda que por meio de um ativismo judicial estrutural dialógico, utilizado pela Corte Constitucional Colombiana no caso do deslocamento forçado.

Contudo, concluímos que o ECI é insanável, pois diz respeito a um sistema prisional que é ilegítimo (pois não se presta a outra finalidade real senão a de excluir um público-alvo: o jovem, de baixa escolaridade, pobre e negro) e desgovernado, ante o fenômeno do encarceramento massivo. Nesse diapasão, medidas redutoras de danos não têm o condão de torná-lo menos inconstitucional – pois ou ele é todo inconstitucional ou é constitucional –, mas tão somente a estreitá-lo, reduzindo ao máximo os danos por ele produzidos.

Sob uma ótica redutora de danos, todos que defendem a ilegitimidade do sistema penal devem lançar mão de um “garantismo criminologicamente orientado”, propugnando, em um primeiro momento, ainda que sob uma perspectiva pré-abolicionista, pelo fortalecimento do direito penal e das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício do poder punitivo, a fim de alcançar um direito penal mínimo que, tal como o abolicionismo, ainda é utópico, sem buscar, com isso, legitimar parcialmente o sistema penal, haja vista que a legalidade não supre a ilegitimidade do sistema penal, que continuará a operar, de modo seletivo, a não cumprir suas funções declaradas e a reproduzir as desigualdades sociais e o racismo, só que de maneira minimizada.

Assim, é necessário ir além da denúncia à ilegitimidade do sistema penal (e prisional) e adotar uma agenda positiva, buscando dar efetividade ao cumprimento do estatuto jurídico do preso, a fim de tornar a pena *real* o mais próxima possível da pena efetivamente aplicada.

A partir de tais constatações, destacamos a importância da adoção, pelos órgãos de execução penal, de uma agenda político-criminal redutora de danos, eis que eles possuem um *mínus* ético de minimizar os danos e dores causados pelo ECI e sofridos pela população carcerária.

Nesse ponto, deu-se destaque à atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses do coletivo carcerário, de vulnerabilidade presumida, a qual independe de qualquer consideração acerca da hipossuficiência econômica dos presos, bem como ao desafio do defensor público desalienado, que, em que pese saber que sua atuação ocorre no âmbito do próprio sistema punitivo visto por ele como ilegítimo, deve se utilizar de uma “ética da resistência”, no sentido de recusar firmemente a naturalização da violência institucional, vista em seu grau máximo dentro do cárcere, inserindo em sua atuação um discurso deslegitimador, expondo as contradições entre o discurso jurídico-penal hegemônico e a realidade intramuros.

À Defensoria Pública, enquanto órgão da execução penal responsável por velar por sua regularidade, bem como pela promoção e efetividade dos direitos humanos, cabe o exercício do que se pode denominar de função *custos humanus*. Para que possa cumprir esse mister, ela deve ser fortalecida, sendo que foi essa a intenção da Emenda Constitucional nº 80/2014, que incluiu o artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo que, no prazo de oito anos, a União, os estados e o Distrito Federal contem com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais.

Contudo, constatada a falta de estrutura e defensores públicos suficientes, as defensorias públicas devem empreender esforços para que os serviços por elas prestados alcancem o maior número possível de pessoas necessitadas. E é justamente daí que decorre a importância dos núcleos especializados, cuja especialização temática e estruturação institucional permite uma litigância estratégica com maior alcance. Assim, é importante que a Defensoria Pública, enquanto órgão da execução penal, se utilize de núcleo especializado para receber suporte e auxílio no desempenho de tal função.

Nesse sentido, o objeto secundário do trabalho foi a atuação judicial do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NESC/DPESP), sob uma perspectiva redutora dos danos decorrentes do ECI.

Sua importância decorre do fato de que a atuação territorial do NESC é, por óbvio, o estado de São Paulo, que possui cerca de um terço de toda a população carcerária do Brasil,

sendo que a taxa de encarceramento paulista tem sido superior à do país há décadas. Destarte, tem sido referência nacional em termos de investimentos no sistema carcerário, sendo que, apenas nos últimos 15 anos, foram inauguradas 112 unidades prisionais em solo bandeirante, o que equivale a 62,9% de todas as 178 unidades prisionais do estado. Tal expansão do sistema carcerário, contudo, não foi acompanhada do investimento na infraestrutura das unidades prisionais e nos números de seus funcionários. Ainda, a interiorização e a gestão compartilhada intramuros, entre o estado e o Primeiro Comando da Capital (PCC), são características do modelo paulista de encarceramento, que é exemplo a não ser seguido pelo resto do país no que tange às políticas públicas voltadas ao encarceramento massivo de jovens, pobres e negros, que representam a grande “clientela” da Defensoria Pública na esfera criminal.

Para analisar a atuação do NESC, utilizamos a metodologia do levantamento de dados com análise de conteúdo.

Como a ideia proposta era apenas exemplificar a atuação judicial do NESC, o levantamento de dados se reduziu à sua atuação judicial coletiva *lato sensu* por temas pré-estabelecidos, extraída por meio dos Relatórios Semestrais de Atividade, de domínio público, relativos ao período compreendido entre 1º de fevereiro de 2016 e 31 de janeiro de 2021 (perfazendo cinco anos de atuação, portanto), desde que possuíssem as decisões acessíveis ao público em geral nos sistemas de consulta processual.

Das atuações judiciais analisadas, o NESC atuou em todos os temas selecionados, à exceção do trabalho penitenciário, e os resultados revelam que houve uma litigância com impacto social e larga abrangência, apesar da maior resistência encontrada em alguns temas, em especial o da superlotação carcerária. Pelos dados compilados, constatamos que o NESC teve maior êxito no primeiro grau e perante os tribunais superiores, encontrando mais resistência no TJSP, sendo que é possível constatar que, em significativa parcela das decisões analisadas, o Poder Judiciário reluta em reconhecer e dar efetividade ao estatuto jurídico do preso, a despeito das amplamente demonstradas violações aos direitos básicos daqueles que se encontram no cárcere, da expressa declaração do ECI pelo STF e da imputação de responsabilidade de todos os poderes, em todos os níveis, por tal situação.

Observamos, ainda, que o princípio da *less eligibility* (menor elegibilidade) foi usado, ainda que de maneira implícita em algumas decisões, como justificativa para negar os pedidos do NESC, o que nos faz pensar que tal princípio ainda serve para ditar os rumos da política criminal e contribuir para a configuração do ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro.

Em suma, o papel do NESC, sob uma perspectiva redutora de danos, é ser um ator no processo de deslegitimação do poder punitivo, utilizando-se de discursos e práticas que

busquem, de maneira ininterrupta, retirar o véu dos discursos jurídico-penais, revelando o estado de exceção permanente operado intramuros, bem como servir de instrumento ao acesso à justiça da massa carcerária no âmbito do sistema carcerário paulista, sendo que sua atuação judicial na esfera coletiva tem gerado resultados favoráveis, mas ainda tímidos, dentro de um contexto de ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro, haja vista que se faz necessária uma maior adesão dos demais atores do sistema de justiça a uma agenda de redução de danos.

REFERÊNCIAS

9 EM CADA 10 presídios de SP tiveram casos de Covid-19; apenas 6% dos detentos foram vacinados, diz secretaria. **G1 SP**, São Paulo, 6 jul. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/06/9-em-cada-10-presidios-de-sp-teriveram-casos-de-covid-19-apenas-6percent-dos-detentos-foram-vacinados-diz-secretaria.ghtml>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Los Angeles: Kandoo Films, 2016. Netflix (100 min).

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Bruno Rotta; CACICEDO, Patrick. Emergências, direito penal e Covid-19: por um direito penal de emergência humanitário. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 335, p. 7-10, out. 2020.

AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

AMARAL, Cláudio do Prado; BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Os custos da prisionalização no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 287, p. 2-3, out. 2016.

ARAÚJO JR., João Marcello (Org.). **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: SOZZO, Máximo (Org.). **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, n. 254, p. 39-65, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro/Jandaíra, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório final da CPI do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara Federal, 2015, p. 217. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0hrep7nmpd2e51kiwoup1psaws1934470.node0?codteor=1366810&filename=REL+2/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 121, de 5 de outubro de 2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=92>>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 3 ago. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 391, de 10 de maio de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Boletim Semanal Covid-19 no Sistema Prisional e no Sistema Socioeducativo** (atualizado até 28 jul. 2021). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 4 de 27 de agosto de 2001**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2001/resolucao4de27deagostode20012parte.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. **Portaria Conjunta nº 276 de 20 de junho de 2012**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/documentos/portaria_remissaopelaleitura.pdf/view>. Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) – Dezembro 2014**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%207-20-mjssp-ms.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/1994/resolucao14de11denovembrede1994.pdf/view>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 3, de 8 de abril de 1999**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/1999/resolucao03de08deabrilde1999.pdf/view>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 7, de 14 de abril de 2003**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2003/resolucao07de14deabrilde2003.pdf/view>>. Acesso em: 2 ago. 21.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 15, de 10 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2003/resolucao15de10dedezembrede2003.pdf/view>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2003/resolucao16de17dedezembrede2003.pdf/view>>.

br/composicao/cnppc/resolucoes/2003/resolucao-no-16-de-17-de-dezembro-de-2003.pdf/view#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20Diretrizes%20B%C3%A1sicas,e%20das%20medidas%20de%20seguran%C3%A7a>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2009**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2009/resolucao-no-11-de-18-de-dezembro-de-2009.pdf/view>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 1, de 7 de fevereiro de 2013**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2013/resolucao-no-1-de-07-de-fevereiro-de-2013.pdf/view>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 3, de 5 de outubro de 2017**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2017/resolucao-no-3-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>>. Acesso em: 19 de jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Resolução nº 4, de 5 de outubro de 2017**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2017/resolucao-no-4-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Quantidade de incidências por tipo penal. In: **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVIMWRiOWYtNDVhNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Presos em unidades prisionais no Brasil. In: **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília: DEPEN, Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra COVID-19**. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes>>.

tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19/view>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 6.085/07, de 19 de abril de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm>. Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Relator min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347: alegações finais da DPESP**. 25 maio 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Painel de Ações Covid-19**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 4 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 607**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5741167>>. Acesso em: 06 ago. 2021.

BREMBATTI, Katia; FONTES, Giulia. Presídios Privados no Brasil. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CACICEDO, Patrick Lemos. O princípio da less eligibility, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306-316, jan./fev. 2015.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. 2019. 236f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Brasil: a luta da Defensoria Pública em meio à crise**. World Prison Brief. Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/brasil-luta-da-defensoria-p%C3%BAblica-em-meio-%C3%A0-crise>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?imprimir=1>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"? **Revista Consultor Jurídico**, out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. Substitutos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O direito penal do inimigo na periferia do capitalismo: a política criminal da guerra permanente no Brasil contemporâneo e os espectros do homo sacer da Baixada. In: CARVALHO, Thiago Fabres de; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Política criminal e estado de exceção no Brasil: o direito penal do inimigo no capitalismo periférico**. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2012. (Coleção Primeiros Passos n. 13).

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Observaciones preliminares de la visita in loco de la CIDH a Brasil**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPesp.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2021

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021, p. 76. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2021.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil. Medidas Provisionales. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018**. San José/Costa Rica: CIDH, 2018.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FELTRAN, Gabriel. **Uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Victor. Doria veta criação de comitê contra tortura em São Paulo. **G1 SP**, São Paulo, 17 jan. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/01/17/doria-veta-criacao-de-comite-contratortura-em-sao-paulo.ghtml>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.

GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 2015. 246f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GROSTEIN, Julio. **Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo – Comentários à Lei Complementar Estadual n. 988/06**. Salvador: Juspodivm, 2014.

GUIMARÃES, Juca. Com taxa de aprisionamento 52% acima da média, São Paulo estuda privatizar cadeias. **Brasil de Fato**, São Paulo, 17 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/01/17/com-taxa-de-aprisionamento-52-acima-da-media-sao-paulo-estuda-privatizar-cadeias>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

GUZMAN, Luís Garrido. **Manual de ciencia penitenciaria**. Madri: Edersa, 1983.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (Brasil) (Org.). **O fim da liberdade**: A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA. Brasília: IPEA, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA/ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. **2º Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/arquivos/artigos/3210-mapa-relatorio-digital.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; REIS, Gustavo Augusto Soares dos Reis; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

LEITE, Paula. Senado dos EUA aprova reforma para reduzir sentenças prisionais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 dez. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/senado-dos-eua-aprova-reforma-para-reduzir-sentencas-prisionais.shtml>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade**: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. **O *numerus clausus* como uma das alternativas para o controle do encarceramento em massa**. 2019. Disponível em: <http://andhep.org.br/anais/arquivos/prisoos2019/GT7/GT7_Isabel%20Penido%20de%20Campos%20Machado.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

MAIA, Maurilio Casas; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: *custos vulnerabilis*? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 152, p. 173-209, 2019.

MARTINS, Jilia Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**: biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENA, Fernanda. Matança em Manaus põe gestão privada de presídios em xeque. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1847469-matanca-em-manaus-poe-gestao-privada-de-presidios-em-xeque.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MELO, Felipe Athayde Lins de; SILVESTRE, Giane. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 293, p. 8-10, abr. 2017.

MELO, Felipe Athayde Lins de; SILVESTRE, Giane; SINHORETTO, Jacqueline. O encarceramento em massa em São Paulo. **Tempo Social**, v. 25, p. 86-106, 2013.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MONITOR DA VIOLÊNCIA. Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo. **G1**, 17 maio 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

MONITOR DA VIOLÊNCIA. Mesmo com redução da população carcerária, situação nos presídios escancara necessidade de reforma estrutural urgente. **G1**, 17 maio 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/mesmo-com-reducao-da-populacao-carceraria-situacao-nos-presidios-escancara-necessidade-de-reforma-estrutural-urgente.ghtml>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

MONITOR DA VIOLÊNCIA. População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. **G1**, 17 maio 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Crimigração**: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

NACIONES UNIDAS. **Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**. Disponível em: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhsgvDz3SQy0TX%2F2ipA5CN39ga3g0pUa9A8tPel9Tu7aPZOue%2F2SsskFrSetjRAYwni%2FxoQLPbcEw7iajUleq9Jd0XPLTAwJqaX4Ulq%2F8%2FfBch>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, p. 7-30, 2008.

OLIVEIRA, Saulo Dutra de. Grupo de intervenção rápida, violência oficial nas prisões e direito penal. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 269, p. 13-14, abr. 2015.

PAGNAN, Rogério. Sistema prisional de SP tem a menor população carcerária em sete anos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 set. 2020. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/sistema-prisional-de-sp-tem-a-menor-populacao-carceraria-em-sete-anos.shtml#:~:text=O%20sistema%20prisional%20de%20S%C3%A3o,\(PSDB\)%20obtidos%20pela%20Folha](https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/sistema-prisional-de-sp-tem-a-menor-populacao-carceraria-em-sete-anos.shtml#:~:text=O%20sistema%20prisional%20de%20S%C3%A3o,(PSDB)%20obtidos%20pela%20Folha)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo penal**: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>>. Acesso em: 17 out. 2021.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POMPEU, Ana. STF nega 81% dos HCs baseados na Recomendação 62, do CNJ, sobre a Covid-19. **Jota**, Brasília, 7 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>>. Acesso em: 4 ago. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, p. 104-120, jan/abr. 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Org). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de Vigiar e Punir. In: Seminário Internacional do IBCCRIM, 11., 2005, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>>. Acesso em: 30 out. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimentos nº 50/1989 e 30/2013**. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=128163>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Deliberação CSDP nº 38, de 4 de maio de 2007**. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=906&idModulo=5010>>. Acesso em: 30 out. 2021.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. **Ação Civil Pública de 20 de julho de 2021**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acp-defensoria-vacinacao-presos.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2021.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Levantamento - Consulta Processual**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTc3M2FkOTctMzM3NS00NGI0LTkxNTQtMjg0MWZjMDdjM2FjIiwidCI6IjliMGJwMjdLTI2NDAtNDM0YS05ZjYwLTM1MjRiMGZlYWU1YyJ9&pageName=ReportSection>>. Acesso em: 4 ago. 2021.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Portal da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=1>>. Acesso em: 30 out. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas de São Paulo. **Em 10 anos, cresce em 87% déficit de vagas em presídios**. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-10-anos-cresce-87-deficit-vagas-presidios>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Reclamação nº 0062172-27.2013.8.26.0000, julgada pela 7ª Câmara de Direito Criminal do TJSP**. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20-%20M%C3%A1quinas%20Fotogr%C3%A1ficas.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Segurança pública e medidas de exceção na democracia. In: PEREIRA, Claudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, p. 339-350, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. O defensor público e a criminologia: da “desalienação” à resistência. In: Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2013.

SIMON, Jonathan. **Governing through crime**. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOUZA, Marcio Scarpim de. Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 111, jan./fev. 2019.

TAVARES, Juarez. Juarez Tavares diz que não se pode prender no Brasil. Falta responsabilidade do Estado e de seus magistrados. **Empório do Direito**, 30 dez. 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados#:~:text=Juarez%20Tavares%20diz%20que%20n%C3%A3o,seus%20magistrados%20%2D%20Emp%C3%B3rio%20do%20Direito>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro**. 2006. 182f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Máira Rocha. Uma conjuntura crítica perdida: a Covid-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, p. 2015-2043, 2021.

VASCONCELOS, Natalia Pires; MACHADO, Máira Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, v. 54, p. 1472-1485, 2020.

WACQUANT, Loïc. “Suitable enemies”: foreigners and immigrants in the prisons of Europe. **Punishment & Society**, n. 1, p. 215-222, 1999.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFALON, Luciana. Doria corta da saúde prisional e engorda o caixa em ano de pandemia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/03/doria-corta-da-saude-prisional-e-engorda-o-caixa-em-ano-de-pandemia.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>. Acesso em: 3 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo. Eguzkilore: zientzia kriminologikoen aldizkari elektronikoa. **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastian, 7 ext, p. 83-92, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. América Latina: Análisis regional. Proceso penal y derechos humanos. Códigos, Principios y Realidad. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El proceso penal**. Sistema penal y derechos humanos en Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y España. México: Porrúa, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

APÊNDICE – RELATÓRIOS SEMESTRAIS DO NESC/DPESP

Os relatórios semestrais do NESC estão disponibilizados no seguinte sítio da Internet: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=6155>>, acessados em 11 de novembro 2021.

Título	Data	Tipo	Kb
RELATORIO SEMESTRAL DO NESC - AGOSTO DE 2020 ATÉ JANEIRO DE 2021	08/05/2021	.pdf	653
RELATÓRIO SEMESTRAL DO NESC - PERÍODO DE 01/02/2020 ATÉ 31/07/2020	19/02/2021	.pdf	372
RELATÓRIO SEMESTRAL DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERARIA DE 01/08/2019 ATÉ 31/01/2020	11/09/2020	.docx	805
RELATÓRIO SEMESTRAL DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA - PERÍODO 01/02/2019 ATÉ 31/07/2019	12/11/2019	.pdf	3187
RELATÓRIO SEMESTRAL DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA - PERÍODO 01/08/2018 ATÉ 31/01/2019	21/05/2019	.docx	784
RELATÓRIO SEMESTRAL DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA - PERÍODO 01/02/2018 ATÉ 31/07/2018	28/08/2018	.pdf	1069
RELATÓRIO SEMESTRAL DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA 01/08/2017 A 31/01/2018	09/02/2018	.pdf	931
RELATÓRIO SEMESTRAL DE JANEIRO DE 2017 ATÉ 31 DE JULHO DE 2017	04/09/2017	.docx	782
RELATÓRIO SEMESTRAL AGOSTO DE 2016 ATÉ JANEIRO DE 2017	23/02/2017	.docx	781
RELATÓRIO SEMESTRAL FEVEREIRO DE 2016 A JULHO DE 2016	01/09/2016	.pdf	11470