

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

JOSIANNE PAGLIUCA DOS SANTOS

**EXECUÇÃO PENAL E DISRUPTURA DO SISTEMA LEGAL: UM OLHAR
SOBRE A DEFESA NO CUMPRIMENTO DA PENA**

São Paulo

2023

JOSIANNE PAGLIUCA DOS SANTOS

**EXECUÇÃO PENAL E DISRUPTURA DO SISTEMA LEGAL: UM OLHAR
SOBRE A DEFESA NO CUMPRIMENTO DA PENA**

Tese de mestrado apresentada à banca
examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. José Langroiva
Pereira.

São Paulo

2023

Banca Examinadora

Gerenciador de ficha catalográfica:

http://biblio2.pucsp.br/ficha/?_ga=2.154384056.1415767632.1628681585-1429258994.1628681585

Obs. Após inserir a ficha deletar este texto

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família que sempre apoia as ideias mais diferentes e ousadas que eu possa ter, como me mudar para o outro lado do nosso país continental e aqui viver minha pacata vida com noites dormidas na rede de embalar.

Também estendo os agradecimentos ao meu orientador por confiar em mim desde 2016, quando eu não imaginava sequer iniciar um curso de mestrado, e aos professores que aceitaram o convite de participar da minha banca de qualificação, Marcelo – que também foi um grande entusiasta ao me convidar para o curso de mestrado, no fim de 2017 – e Patrick – que tem sido uma inspiração acadêmica e profissional desde 2015 (ou desde 2009, de forma indireta) – e que com certeza enriqueceram muito a elaboração deste trabalho. Esta pesquisa foi possível pelo apoio de mais integrantes do corpo docente da PUC, como as professoras Márcia e Nathaly e os professores Marco Antonio e Luiz Guilherme, bem como demais assistentes e, especialmente em razão da época em que o curso foi iniciado, toda a equipe que possibilitou que as aulas fossem ministradas de forma remota. A possibilidade das aulas remotas durante período tão triste na nossa história também me permitiu cursar disciplina com o professor André Giamberardino, na UFPR, o que também contribuiu de forma ímpar nesta pesquisa.

Igualmente importante foi o apoio de profissionais de saúde que eu tive durante esses últimos três anos: não “apenas” médicas e médicos que cuidam do meu corpo físico ou a psicóloga Camila que tem me dado suporte desde antes do início do mestrado, mas também a quem me deu força através dos mais diversos esportes: fosse a musculação ou a yoga quando eu ainda morava em São Paulo, como as aulas de dança, natação e treinos de corrida depois que passei a morar em Manaus. Não teria sobrevivido esses últimos anos sem o esporte.

O agradecimento às amizades não pode ser nominal sob pena de grandes injustiças serem cometidas. Mas se eu quis desistir mil vezes, desde o primeiro dia que comecei, por mil vezes eu ouvi que deveria continuar até o fim. Amigas da época do estágio em 2014, amigas do atual trabalho, amigas da militância – de SP e do AM – e, não menos importante, colegas da academia, não apenas da PUC/SP ou da UFPR, mas de diversas instituições, que compartilham a sede do saber e da divulgação deste saber.

Todo o combo que veio com o mestrado cursado durante a pandemia foi mais simples de lidar com a ajuda de vocês.

Obrigada.

RESUMO

SANTOS, Josianne Pagliuca dos. **Execução penal e disruptura do sistema legal: um olhar sobre a defesa no cumprimento da pena**

O presente trabalho busca identificar as violações a direitos humanos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, seja de criação interna, seja de origem em tratados assumidos pelo Brasil, na seara da execução de penas, bem como mostrar como diferentes atores e atrizes podem atuar para sanar algumas dessas disrupturas. Além da análise bibliográfica sobre o tema, também foi realizada pesquisa empírica qualitativa de campo, com análise documental de processos judiciais dos casos concretos que são apresentados, de forma exemplificativa, para mostrar algumas das violações que já ocorreram e que podem voltar a ocorrer no Brasil. Por fim, são sugeridas algumas condutas que podem ser tomadas para minimizar a problemática e reflexões que devem ser feitas para que haja uma melhora no sistema penal de forma geral.

Palavras-chave: Execução criminal; penas ilícitas; princípios convencionais e constitucionais do direito de execução penal.

ABSTRACT

SANTOS, Josianne Pagliuca dos. **Criminal execution and disruptions of the legal system:** a look upon the defense during the execution of the sanction

The present work seeks to identify human rights violations in Brazil, whether those rights were internally created, or treaties signed by Brazil, in the field of criminal execution, as well as pointing how different players can act to remedy some of these disruptions. In addition to the bibliographical analysis on the subject, qualitative empirical field research was also carried out, with documental analysis of judicial processes of cases that are presented, as examples, to show some of the violations that have already occurred and that may occur again in Brazil. Finally, there are suggestions of conducts that can be taken to minimize the problem and reflections that must be made so that there is an improvement in the penal system in general.

Keywords: Criminal execution; illicit penalties; Conventional and constitutional principles of criminal execution law.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Frações de progressão de regime de acordo com a Lei 13.964/2019	94
Tabela 2 – Análise de decisões proferidas sobre natureza declaratória ou constitutiva da decisão que autoriza a progressão de regime	128

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
BNMP	Banco Nacional de Monitoramento de Prisões
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DPE/SP	Defensoria Pública do Estado de São Paulo
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
ENADIR	Encontro Nacional de Antropologia do Direito
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IDP	Instituto Brasiliense de Direito Público
Infopen	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPPSC	Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
ITTC	Instituto Terra, Trabalho e Cidadania
LEP	Lei de Execução Penal
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RDD	Regime disciplinar diferenciado
SEEU	Sistema eletrônico de execução unificado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJAM	Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UNODC ROPAN	Escritório Regional das Nações Unidas contra as Drogas e Delitos da América Central e Caribe
v.u.	Voto unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PRESA – A EXECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL E NACIONAL E NAS FACULDADES DE DIREITO	18
1.1. Pequeno apanhado doutrinário sobre a execução penal no Brasil, direitos humanos e bloco de constitucionalidade	19
1.2. Regras de Mandela	28
1.3. Regras de Bangkok	32
1.4. Regras de Tóquio	35
1.5. Princípios de Yogyakarta e Regras de Brasília	36
1.6. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	38
1.7. Convenção Americana de Direitos Humanos	39
1.8. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos da pessoa presa	40
1.8.1. Estado em posição de garante da pessoa presa	41
1.8.2. Mulheres em conflito com a lei	45
1.8.3. Liberdade de se expressar pelos meios e idiomas que escolheram	45
1.8.4. A compensação das penas ilícitas	46
1.9. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	47
1.9.1. Princípio da Legalidade	49
1.9.2 Princípio da Isonomia	51
1.9.3. Princípio da individualização da pena	54
1.9.4 Princípio da intranscendência da pena	57
1.9.5 Princípio da humanidade da pena	61
1.9.6. Princípio da razoável duração do processo de execução penal	65
1.9.7 Princípio da fraternidade	66
1.9.8 Constituição do Estado do Amazonas	67
1.10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347	68
2. LEI N. 7.210/1984: A LEI DE EXECUÇÃO PENAL	74
2.1. Exame criminológico na prática	75
2.2. O sistema de progressão de regime	78
2.2.1. Regime Fechado	81
2.2.2. Regime Semiaberto	82

2.2.3. Regime Aberto	85
2.2.4. Aspectos legais e administrativos da progressão de regime	86
2.3. A reforma legislativa de 1984 e a evolução da lei a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	96
2.4. As mudanças promovidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”)	96
3. A ATUAÇÃO DE DIVERSOS ENTES NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL	108
3.1. A atuação da Defensoria Pública em favor da coletividade	108
3.2. A atuação da Defensoria Pública como guardiã da liberdade	111
3.3. A responsabilidade da defesa técnica de estar habilitada apenas em processos em que irá atuar	113
3.4. O direito de defesa na execução penal	113
3.5. A responsabilidade do Estado na Execução Penal	114
3.6. O Juiz e sua função correcional	118
3.7. O Ministério Público e sua atuação como fiscal da lei	129
4. PENAS ILÍCITAS PELA VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE CUMPRIMENTO	133
4.1. A vinculação da pena às normas de execução penal	133
4.2. A questão da pena ilícita	133
4.3. As decisões dos tribunais superiores em face das violações à execução da pena	139
5. CASOS ANALISADOS	148
5.1. A criança presa como se adulta fosse	149
5.2. Condenado sem citação	151
5.3. “Furtador contumaz” com erros judiciais contumazes	154
5.4. Mais erros matemáticos	156
5.5. Tão perto, tão longe – a execução de Santarém que não consegue atravessar a fronteira para o Amazonas	159
6. ALGUMAS PROPOSTAS PARA UMA EXECUÇÃO PENAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL	163
6.1. A necessidade de uma atuação cuidadosa e integral da defesa	167
6.2. A importância da autodefesa e da família	172
6.3. O desencarceramento não se resume a sair da unidade prisional	175

CONCLUSÃO **186**

REFERÊNCIAS **193**

INTRODUÇÃO

O tema mais abrangente de execução penal foi escolhido para esta pesquisa em razão de ser uma das áreas menos exploradas no meio acadêmico, como será mostrado logo no início do primeiro capítulo e, assim, existir uma lacuna atualmente preenchida pelo senso comum político-midiático que pode ser preenchida com informações mais precisas e sérias.

Apesar de o presente trabalho não ser sobre o poder da mídia e do uso do discurso político, isso já foi desenvolvido por outras pessoas pesquisadoras (Andrade, 2020) e, partindo da premissa de que muito se fala no nesses dois meios sobre como as penas devem ser maiores e cumpridas de forma mais severa, de maneira que pessoas que não estudam ou não trabalham na área de execução penal acabam tomando conhecimento de alguns assuntos a ela relacionados com um viés sensacionalista, sem entender exatamente a história da execução da pena e porque as leis são da forma que são (Valois, 2015), entende-se ser de extrema importância que o presente trabalho seja acessível para o público em geral, de modo que as pessoas possam formar suas opiniões com embasamento diversificado e não somente com informações obtidas por redes sociais e por discursos punitivistas de políticos em busca de votos, para que não se permita que apenas as ideias não bem fundamentadas sejam disseminadas e acabe aumentando ainda mais os retrocessos.

Para melhorar o cenário de informações sobre a temática, este trabalho será apresentado em três partes.

Na primeira parte da dissertação será feito um apanhado de pesquisas já realizadas sobre os direitos e garantias das pessoas presas – e embasamento teórico sobre as violações a esses direitos e garantias –, tanto por doutrinadores e outros pesquisadores, como também em decisões judiciais (sejam elas em processos que tenham sido considerados paradigmas e, assim, com seu conteúdo divulgado de forma mais ampla pela mídia jurídica, sejam elas referentes a processos do dia-a-dia, isto é, que não tenham recebido holofotes sobre seu conteúdo), bem como uma análise bibliográfica sobre normas e jurisprudências relacionadas à execução penal, com foco principalmente nas questões relacionadas aos aspectos jurídicos dos processos da execução criminal da pessoa em cumprimento de pena, além de serem analisados referenciais teóricos em

relação à função de diversos atores e atrizes no contexto da execução penal – defesa e representantes da Magistratura e do Ministério Público.

Em seguida, na segunda parte, será feita a análise dos casos concretos analisados na pesquisa empírica qualitativa de campo, realizada com análise documental de processos judiciais dos casos concretos apresentados, de forma exemplificativa, neste trabalho.

Todas as informações processuais foram obtidas em processos públicos disponíveis nas plataformas “Processo Eletrônico do Judiciário do Amazonas” e “Sistema Eletrônico de Execução Unificado”. Apesar de os processos serem públicos, com a possibilidade de fácil identificação dos nomes reais dos personagens aqui encontrados, serão utilizados nomes fictícios durante a narrativa, para evitar, ainda que minimamente, o aumento da estigmatização com a qual toda pessoa sobrevivente do cárcere convive diariamente.

Esses cinco casos foram identificados durante a participação da pesquisadora em mutirão de atendimento prisional na cidade de Tabatinga, cidade da tríplice fronteira com Colômbia e Peru, realizado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, no primeiro trimestre de 2022. O mutirão foi realizado por uma equipe com lotação regular em Manaus, mas que se deslocou até a cidade do interior a pedido da equipe de pessoas defensoras naturais daquela comarca, para dar suporte em relação à alta demanda, não só criminal, daquela unidade.

Como analista jurídica de defensoria, a função da autora, juntamente com demais colegas, foi de analisar processos criminais de cerca de 120 pessoas constantes em lista emitida, em 03 de fevereiro de 2022, pela unidade prisional de Tabatinga/AM, que ali estavam em prisão preventiva ou em cumprimento de pena em regime fechado, já que não há unidade prisional adequada para o cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto na comarca, como será mais bem visto no decorrer dos capítulos.

Na análise inicial dos processos, a equipe preenchia fichas com informações básicas de cada uma das pessoas que seriam posteriormente atendidas.

Essas informações incluíam nome completo e data de nascimento, número de processos de conhecimento e, sendo o caso, de execução, bem como breve resumo dos andamentos processuais, como data e motivo da prisão (enquadramento penal), tempo de condenação, existência ou não de recurso pendente, remição já homologada ou para homologar e previsão para progressão de regime.

Assim, na fase de atendimento realizado na unidade prisional, entre os dias 21 e 25 de fevereiro de 2022, a equipe já estava com um resumo de informações para passar para as pessoas atendidas, que por vezes não sabem ou não entendem o andamento do seu processo, e com espaço para o preenchimento de demandas e demais informações trazidas pela própria pessoa atendida.

Em fase posterior ao atendimento, as demandas encontradas até então foram organizadas e encaminhadas para setores responsáveis para apreciação e resolução, como para assistentes sociais e secretaria de saúde, no caso de demandas sociais e médicas, ou por petição nos autos processuais, no caso de questões jurídicas identificadas, que serão o ponto principal do presente trabalho.

As questões jurídicas identificadas no mutirão, exemplificadas no capítulo que abordará os casos concretos, se dividem em dois grandes grupos: o primeiro diz respeito às questões rotineiras e esperadas em todo e qualquer processo, especialmente de execução criminal, como no caso de cálculo de pena que indica que o lapso temporário para a progressão de regime está próximo e que, tendo em vista o bom comportamento da pessoa, ela fará direito à progressão de regime. O segundo grupo são situações processuais que deveriam ter sido verificadas em algum momento anterior e que, por não terem sido – seja pela ausência da identificação da situação jurídica por qualquer personagem do sistema de justiça, seja pela negligência para dar andamento necessário a pedidos feitos pela defesa – correm o risco de gerar uma situação de prisão ilegal.

Após a Defensoria Pública do Estado do Amazonas realizar o peticionamento em pouco mais de trinta processos, foram enviados ofícios para as varas judiciais para reforçar que aqueles processos precisavam ter o devido encaminhamento para a análise dos pedidos – ainda que com indeferimento do pleito. Nesses ofícios enviados à Justiça amazonense, em 18 de março de 2022, também foram apontados outros processos que estavam pendentes de andamentos, com pedidos realizados antes mesmo da realização do mutirão carcerário, pelos defensores naturais da comarca.

Parte desses pedidos foram analisados, com alguns deferimentos e outros indeferimentos, e parte dos pedidos continuaram sem ser analisados, passados mais de um ano.

No decorrer do capítulo que analisará os casos concretos, serão mostrados os erros e acertos na condução da defesa dos processos de execução, para que seja

exemplificada a teoria anteriormente exposta, mostrando a realidade desviante da execução penal.

A escolha de cada um deles se deu em razão da identificação de erros judiciais – do passado e do presente – que mantém as pessoas presas e vinculadas ao sistema de justiça criminal por mais tempo do que o necessário, como será apontado no capítulo próprio.

O trabalho fará apontamentos sobre a existência de certos problemas que podem ocorrer durante o cumprimento de pena. Não há, no entanto, a afirmação de que cada um deles se repete em todas as comarcas do Brasil ou que eles ocorram com uma determinada frequência ou em alguma porcentagem de todos os processos. São exemplos de disrupturas que podem se repetir em outros processos, com a escolha dos casos delimitada pelo que foi possível pesquisar.

Neste capítulo, os diferentes casos serão narrados, inicialmente, com as transcrições das informações que constam nos autos processuais – e, excepcionalmente, serão feitas menções aos ofícios ou demais comunicações realizadas com as varas criminais –, partindo do pressuposto, portanto, que aquelas são as verdades já analisadas pelos diversos atores do sistema de justiça. Em seguida, serão feitas observações pontuais explicando o motivo pelo qual a autora entende estar diante de algum erro judicial, indicando o quanto um cuidado mais atento e global com processos criminais pode impactar na vida de quem está cumprindo pena.

É importante pontuar, desde logo, que esses casos são meramente exemplificativos de violações concretas que acontecem durante as execuções de condenações criminais, pois trata-se de um problema sistêmico e estrutural, e não em razão da atuação de profissional A ou B, de uma ou de outra comarca. Para demonstrar que as disrupturas se repetem, outros exemplos serão trazidos, apesar de sem o aprofundamento dos cinco casos analisados de Tabatinga.

Essas duas partes iniciais servirão de auxílio para responder a dois questionamentos sobre o desencarceramento, na terceira parte do trabalho: a) “qual a importância de um olhar atento para a situação processual como um todo da pessoa em conflito com a lei?” e b) “quais perigos podem existir caso haja satisfação da defesa com a simples colocação da pessoa em conflito com a lei fora da unidade prisional?”

No primeiro item, a pesquisa fará uma avaliação sobre condutas que a defesa técnica pode ter ao realizar um atendimento, não se esgotando no mero questionamento

de quais direitos a pessoa presa tem desde a última análise processual até o momento presente.

O segundo questionamento será para entender se é suficiente a defesa lutar para conseguir decisão que determine o “expeça-se o alvará de soltura” ou se há outras condutas que a defesa pode e deve ter junto ao processo e ao resto do elenco atuante no sistema para mitigar toda a problemática do encarceramento e do sistema de justiça criminal no geral.

Assim, na parte final, serão sugeridas propostas para uma melhor atuação das defesas (propositadamente no plural) durante o processo de execução penal.

Por fim, será explicada a importância da autodefesa e da defesa prestada pela família, ainda que sejam pessoas sem o conhecimento teórico formal do Direito, além de serem trazidos alguns dos motivos pelos quais a defesa não deve se dar por satisfeita com a simples decisão para a expedição do alvará de soltura.

Para que não haja frustração de alguém que porventura imagine que aqui encontrará soluções finais e definitiva para que seja consertada a disruptura legal na execução penal, este é mais um trabalho que convida a imaginação a ser colocada em prática para que soluções ainda não existentes possam ser criadas e, para fomentar o exercício criativo, serão apresentadas ideias já existentes e que podem ser aperfeiçoadas, mas sempre tendo em mente que não há uma única resposta certa. São diversos os caminhos que podem ser trilhados e aqui alguns deles serão percorridos. Talvez nenhuma das sugestões aqui apresentadas funcionem como o esperado, mas isso não significa que elas serão ao todo inúteis, podendo servir para inspirar outras novas ideias, que irão inspirar outras e outras até que se chegue em alguma ideia que de fato seja possível de ser colocada em prática, produzindo resultados satisfatórios.

Não se trata, então, de se buscar uma verdade, uma resposta completa e acabada. Busca-se instigar a curiosidade de quem atua no campo da execução para se perguntar, dia após dia, o que pode ser feito de maneira distinta, como agilizar e melhorar os fluxos processuais, como diminuir o sofrimento das pessoas que estão presas para que ele não seja acima do determinado em suas sentenças condenatórias.

Uma observação que merece menção é de que as análises não serão feitas com um filtro de “direito processual penal puro”, mas sim com embasamento teórico de criminologia, sociologia, saúde e outras disciplinas que dialogam com a questão do encarceramento, tanto no sentido da atuação de elenco que coloca pessoas no ambiente

carcerário como também no sentido de como estas pessoas que estão dentro do cárcere – ou por estarem elas mesmas presas ou por estarem conectadas à prisão por meio de entes queridos (ou até mesmo por trabalharem naquele ambiente) – lidam com a situação do aprisionamento. E, para além de disciplinas tidas como “tradicionais”, também serão trazidas referências artísticas, da literatura e da música, para mostrar que esse diálogo já transpassa os muros de faculdades.

Outro apontamento necessário é que os casos usados de exemplo são tão somente relacionados a sentenças condenatórias, ou seja, trata-se de cumprimento de penas. No entanto, é essencial que se tenha em mente que pessoas cumprindo medidas de segurança em razão de sentença absolutória imprópria também continuam sendo pessoas que precisam ter seus direitos respeitados, de modo que, no que couber, o que for falado sobre “pessoas presas” no decorrer deste trabalho pode ser lido de forma ampla como “pessoas privadas de liberdade”.

Em relação à redação usada, observa-se que a tentativa de usar palavras ou expressões com gêneros neutros (“a defesa técnica” ao invés de “o advogado” e “a pessoa condenada”, por exemplo) é proposital para que se deixe de lado uma linguagem que reforce estereótipos de que determinada tarefa ou conduta é reservada a um homem ou grupo de homens e, com o mesmo propósito, busca-se fazer as marcações de gênero em relação às autoras citadas, para diminuir a ideia ainda existente em algumas mentes, durante leituras, que sobrenomes são de autores homens, mesmo em relação a obras escritas muitas décadas atrás.

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PRESA – A EXECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL E NACIONAL E NAS FACULDADES DE DIREITO

Pouco se estuda e se pesquisa sobre Execução Penal em comparação a outros ramos do Direito, como se percebe ao pesquisar livros em livrarias e em bibliotecas ou em grades curriculares. Na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em pesquisa feita no sistema da biblioteca¹ para livros com título contendo a expressão “Direito Penal”, surgem 758 (setecentos e cinquenta e oito) resultados. Já “Execução Penal” são sessenta títulos e “Execução Criminal” apenas cinco.

Nesta mesma universidade, a atual grade curricular da graduação possui um único crédito (optativo) de 2 horas-aula para a matéria de “Execuções Penais”, em cada turno (manhã e noite)². As disciplinas de Direito Penal e Processo Penal, por sua vez, são ensinadas, atualmente, durante cinco e seis semestres, respectivamente.

Ainda sobre essa lacuna, pesquisa realizada por Almeida e outras autoras (2018, p. 183) indicou que o estudo da execução penal “recebeu atenção especial com a promulgação da Lei de Execução Penal”, mas que a falta de autonomia da disciplina ainda é algo a ser trabalhado e melhor desenvolvido, sendo necessário “insistir nesse estudo, procurando encontrar a distribuição da discussão em torno do sistema prisional dentro dos cursos de Direito, a fim de reafirmar a impossibilidade da inteira submissão da execução penal aos domínios do direito penal e do direito processual penal”.

Nesse mesmo texto, o autor e as autoras reforçam que o estudo da execução da pena, além de se fundamentar em normas penais materiais, também deve se basear nas normas processuais penais, constitucionais e de direito administrativo, mas sem deixar de lado “critérios político-criminais, sociológicos, históricos e de direito comparado, uma vez que se trata de ciência complexa” (*idem*, p. 168). Para eles, “o estudo da execução penal envolve diretamente a dignidade da pessoa presa, razão pela qual não se pode sempre manejar categorias exclusivamente dogmáticas” (*ibidem*), o que reforça a necessidade indicada na introdução deste trabalho de não se prender tão somente aos aspectos dogmáticos do direito para trabalhar a temática aqui apresentada.

¹ Pesquisa feita em 18 de fevereiro de 2023, em <https://pergamon.pucsp.br/pergamon/biblioteca/index.php>

² Pesquisa feita em 18 de fevereiro de 2023, em <https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/graduacao/grades/direito/Grade-Horaria-Direito-Matutino.PDF> e <https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/graduacao/grades/direito/Grade-Horaria-Direito-Noturno.PDF>

1.1 Pequeno apanhado doutrinário sobre a execução penal no Brasil, direitos humanos e bloco de constitucionalidade

Direitos humanos, como a expressão indica (ou deveria indicar), são para todos os seres humanos. Se apenas a expressão não for suficiente para se ter essa ideia, uma análise mais aprofundada no tema confirma isso. A doutrina indica existirem quatro elementos em comum aos direitos humanos: essencialidade, superioridade normativa, reciprocidade e a universalidade, conforme Ramos (2022, p. 19). Ele também explica que esta última característica significa reconhecer que esses direitos são de todas as pessoas, “combatendo a visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores” (*ibidem*).

Assim, o fato de uma pessoa estar cumprindo uma pena não faz com que ela deixe de ser merecedora de direitos humanos e de garantias fundamentais para além das restrições impostas em sua sentença condenatória.

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada incondicionalmente, bastando que a pessoa seja – e todas o são. Ela é inerente ao ser humano. Giamberardino (2020, p. 232), ao falar sobre a dignidade, explica que

o sentido específico a ela atribuído e que é coerente com sua elevação à condição de fundamentação da República pela Constituição brasileira de 1988 é aquele oriundo do momento pós-Segunda Guerra Mundial (primeira onda), justamente aquele contexto no qual se iniciou a articular mais claramente a ideia de que as pessoas têm direitos fundamentais.

Os próximos tópicos serão dedicados para abordar alguns desses direitos e explicar como sua aplicação pode e deve se dar em relação às pessoas que estão em cumprimento de pena, especialmente as que estão sob custódia direta do Estado, isto é, em estabelecimentos prisionais ou de medidas de segurança.

Antes, porém, será feito um panorama acerca de pesquisas já realizadas sobre as condições carcerárias brasileiras e sua população, em diferentes períodos e em diversas áreas de estudos, como Direito e Sociologia.

No período da Ditadura Militar, Ramalho (1979, p. 12) afirmou que, durante sua pesquisa, descobriu-se “um lado positivo da existência do crime que implica na manutenção do sistema social. Crime e delinquência são parte do próprio sistema social que os condena e, paradoxalmente, deles não pode prescindir”, além de afirmar que “a prisão aparece como um elo fundamental da corrente de soluções aparentes para o crime, que na verdade mais concorrem para mantê-lo”.

Percebe-se, então, que há mais de quarenta anos já se trabalhava com a ideia de que a cadeia seria uma parte fundamental da estrutura da sociedade, indicando que sua função real não seria para “ressocializar” e “reinserir” o indivíduo na sociedade, mas servindo de depósito de mão de obra excedente para que o *status quo* pudesse ser mantido.

Sobre quem cumpre a pena privativa de liberdade, Melo, ao prefaciar a obra de Oliveira, discorre sobre como as pessoas presas são erroneamente vistas (1984, p. XIII):

É da própria natureza humana levar demasiadamente a sério a separação entre o Bem e o Mal e a sua incomunicabilidade.

Quando se trata de apenados, parece que isto ressalta à flor da pele: ele é o mal, o erro, passa-se a olhá-lo como a configuração mesma do pecado - é contagioso como a própria peste.

A prisão transforma-se na ‘casa do terror’, por monstros habitada.

É preferível passar-se por ela ao largo, movidos por certo temor irracional.

Ou seja, não é de hoje que as pessoas que estão em situação de prisão – ainda que sem uma sentença condenatória definitiva – são mal-vistas. Para muitas pessoas, o estigma permanece pela eternidade (ou, se não pela eternidade, que é uma palavra muito forte, por muitos e muitos anos, quiçá por toda a sua vida e talvez até mesmo depois de sua morte), ainda que a pessoa não venha a ter uma condenação transitada em julgado contra si, ainda sendo pejorativamente chamada de ex-presidiária, por exemplo.

Essas pessoas, no entanto, nunca deixam de ser cidadãs e, ao menos em tese, devem ter todos os direitos assegurados por quem lhe mantém sob custódia e quando passam a cumprir sua pena em meio aberto e após o término total de seu cumprimento.

Oliveira (*idem*, p. 27) afirma que “se pouco a pouco a punição deixou de ser uma cena de terror sobre o corpo do condenado, a nova pena de reclusão que veio substitui-la, por sua vez, também se impôs sobre a vontade, intelecto e disposição do encarcerado, de maneira dolorosa e institucionalizada”. Nota-se que a autora já mencionava, há quase quarenta anos, que a pena de prisão não cerceava apenas a liberdade da pessoa reclusa, mas atingindo muito mais o estado de espírito daquela pessoa.

No mesmo ano que Oliveira publicou seu trabalho, foi promulgada a Lei de Execução Penal³ (LEP), que será abordada de forma mais minuciosa em capítulo próprio. Por enquanto, no entanto, é digno de nota que sua exposição de motivos diz que a LEP busca extinguir os efeitos da prisionalização, eliminando o máximo possível os estigmas que a pessoa presa sofre (item 63). No item 65, os legisladores foram expressos ao dizer

³ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 17 jul. 2021.

que “tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado”. Isso demonstra que a legislação foi elaborada com a intenção de sempre respeitar os direitos não atingidos pela sentença condenatória, expresso no item 66, e permitindo que a pessoa retorne à sua vida com plenos direitos após o término do cumprimento da sanção, sem carregar a mácula por ter sido considerado culpado por um delito.

A partir do item 69, são feitas menções a documentos da Organização das Nações Unidas, que também serão vistos com mais detalhes mais à frente. Por ora, é interessante observar que já em 1984 se afirmava que “a declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas” (item 74), indicando a necessidade de o ordenamento jurídico efetivar, na prática, o conteúdo destes documentos.

Um pouco mais à frente no tempo, depois que a atual Constituição da República foi promulgada, as pesquisas continuaram trazendo resultados muito similares ao que havia sido estudado durante o período ditatorial, como será visto abaixo.

Corrêa (1991, p. 38) afirma que a pena de prisão é a sanção mais severa que o Estado pode impor, que “as consequências da prisão são, por si mesma, tão ou mais graves que a própria pena de morte, uma vez que, face o nosso caótico sistema carcerário, ‘a cela é o túmulo do vivo’”. A cela é túmulo do vivo. Sendo assim, não é surpreendente discursos no sentido de que a determinação da prisão de um indivíduo pode significar, de alguma maneira, uma sentença de morte, ainda que esta sanção, em regra, não seja mais possível no ordenamento jurídico brasileiro.

Corrêa também traz um histórico da sanção prisional (*idem*, p. 33), indicando que a população inglesa foi a primeira a notar que enquanto o Estado mata ou confisca o bem dos cidadãos, o resto da sociedade se chocava. No entanto, conforme ele diz, “o encarceramento de uma pessoa é arma menos pública e notória”, de modo que a opressão ali experimentada é longe dos olhos da sociedade, que outrora fiscalizam as sanções mais públicas, afirmado que o Estado “oprimiu às escuras, nas prisões, no interior dos edifícios, nos porões e nos recantos secretos. É violência silenciosa, invisível, ignorada, secreta e incontrolável. Portanto, mais grave e mais perigosa do que qualquer outra.”

É em razão disso que a atuação de profissionais e da sociedade civil nas prisões e demais estabelecimentos de privação de liberdade é importante, como será mais bem aprofundado em tópicos posteriores.

No entanto, os tópicos posteriores mostrarão que as inspeções que devem ser feitas por profissionais e pela sociedade nem sempre são feitas com a cautela que demandam. Às vezes por aparente desinteresse de representantes de órgãos públicos que fazem as visitas, outras vezes aparentando coibir a atuação da sociedade civil.

Talvez a explicação para esse aparente desinteresse dos órgãos públicos esteja sintetizada na lição de Karam (1996, p. 81), que afirma que “(...) sendo a pena, em essência, pura e simples manifestação de poder – e, no que nos diz respeito, poder de classe do Estado capitalista – é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder.”

Percebe-se pela fala dela, em texto escrito depois do início da redemocratização do país, a reiteração da ideia de que a pena serve para a manutenção do sistema social vigente, como já havia sido discutido em 1979.

E, como foi falado no início, passam-se os anos, são realizadas inovações legislativas (com suas alterações após alterações), sai um governo militar para a retomada de um governo democrático, e, ainda assim, os discursos se repetem.

Ao prefaciar obra sobre execução criminal escrita por Maia Neto (1998), Dotti reforça a ideia indicada no início deste texto, dizendo que “os direitos humanos do preso caracterizam aspectos universais e permanentes”. Ele segue explicando que a liberdade restrita não pode implicar na “supressão de múltiplos direitos naturais e sociais que decorrem da própria condição humana”, novamente sublinhando que os direitos humanos não podem ser violados tão somente em razão da situação de prisão da pessoa, tendo em vista que ela nunca deixará de ser humana e, por conseguinte, deverá ter sempre seus direitos respeitados.

Apesar de não existir autorização legal de desrespeito aos direitos humanos da pessoa presa, Dotti diz que existe “uma persistente e intolerável resistência branca de entes e órgãos públicos que são indiferentes quando não hostis à causa dessa categoria jurídica”, fazendo coro com a fala já mencionada da Karam, de modo que, na prática, essa indiferença do Poder Público acaba resultando nas disrupturas do sistema legal que serão apontadas ao longo deste trabalho, em um rol exemplificativo.

O prefácio acima citado apresenta o texto de Maia Neto que, logo no início, reforça a ideia de que a democracia verdadeira só poderá existir com a aplicação do Direito que respeite os princípios gerais de Direitos Humanos da pessoa que está presa, seja em prisão preventiva, seja com condenação definitiva (1998, p. 1).

Com o passar dos anos e com as mudanças ocorridas nos três poderes, seja pela composição de seus membros, seja pela linha de pensamento defendida pelos seus diferentes presidentes, o desrespeito às normativas que tratam de direitos das pessoas presas e em cumprimento de pena seguem presentes.

Em texto escrito há mais de vinte anos, em abril de 2001, Scapini (2007, p. 308) diz que “as regras mínimas da ONU sobre tratamento de presos soam como piada para nós. Basta referir que a ONU recomenda seja resguardado o direito de voto das pessoas encarceradas. (...) Talvez os presídios fossem diferentes se os presos votassem”. Ele também elenca outros dispositivos que são “solenemente ignorados” como o artigo 5º do Pacto de San José da Costa Rica e os artigos 40 e 41 da LEP. O autor complementa a crítica mostrando a contradição de quem nunca cumpriu a LEP e busca alterá-la, para adaptá-la ao sistema carcerário: “ao invés de legalizar o sistema, cumprindo a lei, pretendem fazê-lo modificando-a” (*ibidem*). Como será demonstrado no decorrer dos próximos capítulos, essa segue sendo a realidade dos dias de hoje: não se cumpre o que já está determinado na lei, desde há muito tempo, mas se tenta criar novas leis para tentar adequar o sistema ou, ao menos, para que as violações de direitos deixem de ocorrer pois elas estarão “legalizadas”, como no caso do atual regime disciplinar diferenciado, que será abordado futuramente.

Seguindo esse pensamento, Scapini (*idem*, p. 311) afirma que “é preciso ter presente que as pessoas presas não foram condenadas a passar fome, a passar frio, a viver amontoadas, a virar pasto sexual, a contrair AIDS e tuberculose nos estabelecimentos penais”, somando voz ao discurso de que os direitos humanos devem permanecer protegidos, sendo apenas possível limitar os direitos – como a liberdade – tão somente no limite estabelecido na sentença condenatória.

Se as pessoas responsáveis pelo processo de execução penal não dissociarem a pessoa em cumprimento da pena do fato por ela anteriormente praticado que tenha ensejado a sua prisão, corre-se o risco de aquela conduta (evidentemente ilícita, partindo do pressuposto que o processo de conhecimento respeitou o devido processo legal e demais princípios) influenciar nos pedidos, pareceres e decisões na seara da execução penal.

No entanto, Barros (2001, p. 23) entende que deve haver uma mudança de foco quando é encerrado o processo penal de conhecimento – isto é, a análise para se averiguar se houve fato típico, antijurídico e culpável, com a comprovação da materialidade e da

autoria do referido delito -, com uma condenação, e iniciado um processo de execução penal. Nas palavras da autora, “o crime é fato passado e esgotado com a aplicação da pena. A execução tem por prioridade o homem em cumprimento de pena (o presente e o futuro)” (*ibidem*).

Assim, por mais difícil que possa ser para o ser humano não ser “contaminado” com informações as quais tem acesso, é necessária a frieza para separar o que já foi apreciado em momentos anteriores – pela legislação que tipificou a conduta e estabeleceu os limites mínimos e máximos da pena e pela sentença que avaliou a conduta concreta e determinou uma quantidade específica de pena e o regime inicial para seu cumprimento – do que o que deve ser apreciado na fase de execução penal, isto é, se aquela pessoa está cumprindo os deveres que a ela lhe são impostos por força da sentença e das leis que regem o cumprimento de pena.

Compartilhando a mesma linha de pensamento, Szafir (2012, p. 19) afirmou que “não se vê interesse por parte das autoridades competentes ou da sociedade em geral em melhorar as condições de vida dos presos.” Após discorrer sobre como algumas pessoas parecem esquecer que um dos supostos objetivos da pena é a ressocialização e como algumas autoridades parecem atuar para manter as pessoas presas por mais tempo possível, ela assim afirma:

Desnecessário dizer que, além de ilegal e desumana, tal forma de pensar é francamente estúpida, mesmo sob uma ótica egoísta: algum dia, apesar dos esforços em contrário, a maioria desses detentos sairá da prisão; é mais benéfico à sociedade, portanto, que se invista agora em criar condições e oportunidades para a sua recuperação. Há como duvidar disso?

Note-se que a autora menciona a suposta finalidade da pena em razão de uma crença que as ditas finalidades da pena não chegam perto de serem cumpridas, ou seja, não podem ser consideradas como finalidades reais da pena, como percebe-se de algumas das narrativas sobre a prisão já apresentadas e, ainda, como se verá de forma mais aprofundada no decorrer do trabalho.

Mais recentemente, Silva (2018) reitera a ideia exaustivamente trabalhada pelos autores nos anos antecedentes, ao afirmar que o objetivo da pena privativa de liberdade é lograr “a finalidade de recuperar o condenado, de forma a reintroduzi-lo no convívio social e familiar de maneira integrada”.

Esse objetivo, no entanto, não é demonstrado como ativamente buscado pelas autoridades e por quem poderia atuar para alcançá-lo, tendo em vista algumas forças

contrárias que atuam dificultando a reintrodução esperada das pessoas em cumprimento de pena.

Alguns dos obstáculos para que o objetivo seja alcançado com êxito são as disrupturas do sistema legal, algumas delas que serão abordadas nesta pesquisa.

Outro ponto que pode contribuir para essa dificuldade, mas que não será objeto do presente estudo, é a força que o populismo penal exerce sobre agentes públicos, como colocado por Ferrajoli, ao prefaciar a obra de Rivera Beiras (2019, p. 17). Para o autor, a utilização de medidas mais amenas que as privativas de liberdade não são aplicadas em razão do "populismo penal que guia desde muitos anos os legisladores e os juízes no endurecimento das penas, que se embasam para isto no medo propagado pela mídia".

Assim, não obstante a legislação brasileira contar com ferramentas para evitar e abreviar o encarceramento, ainda assim é priorizado o uso da prisão para conter anseios sociais inflamados por discursos midiáticos e eleitoreiros.

Mendes e Martínez (2020, p. XV) dizem que "as prisões acabam por constituírem-se em grandes depósitos onde os excluídos socialmente são jogados como se descartáveis fossem", demonstrando que o discurso do período ditatorial trazido acima continua verdadeiro nos dias de hoje.

Elas também afirmam (*idem*, p. 10) não acreditarem fazer sentido "apostar na lógica do encarceramento por décadas a despeito até mesmo da suposta função 'ressocializadora' da pena", também reforçando a ideia já antiga de que as funções da pena que são vistas em livros de Direito Penal não são realmente visadas pelos responsáveis por seu cumprimento.

A afirmação de que a pena cumpre a função de manutenção do sistema social, como já feita por elas e por outros autores, voltará a ser trabalhada no decorrer desta pesquisa.

Mais de trinta anos após a promulgação da Constituição Cidadã, os limites do poder punitivo do Estado e a urgência de se garantir os direitos fundamentais da pessoa acusada e em cumprimento de pena seguem sendo pautados.

Lopes Junior (2020, p. 82) afirma que "todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal".

Assim, o direito penal (em seu sentido lato, que inclui direito de execução penal) não pode ser usado pelo Estado apenas para afastar da sociedade quem tenha sido

condenado por alguma conduta tipificada em nosso ordenamento jurídico, mas o Estado também deve limitar o uso de suas forças dentro do previsto nas leis, isto é, o cumprimento de pena não pode ser executado para além dos limites impostos na sentença de condenação nem desrespeitando as previsões da Lei de Execução Penal, a Constituição Federal e documentos internacionais. Algumas das previsões que obrigatoriamente devem ser respeitadas pelo Estado serão analisadas nos próximos capítulos, com a indicação do dever ser, ou seja, o que está previsto na norma, e suas respectivas violações no mundo real.

E, de forma bastante similar, o uso com limites da força punitiva do Estado é defendido por Brito (2022, p. 72), que diz que “a restrição da liberdade é uma medida excepcional, e a mais violenta intromissão do Estado na vida do cidadão”.

Da mesma forma que o desrespeito aos direitos humanos de pessoas privadas de liberdade tem sido objeto de estudo de diversos autores e autoras brasileiras há décadas, as violações também são objetos de trabalho de organismos internacionais, resultando na elaboração de tratados e regras que serão vistos nos tópicos a seguir.

Sobre os documentos internacionais, é importante ressaltar que o Brasil reconhece o bloco de constitucionalidade, isto é, reconhece “a existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição”, nas palavras de Ramos (2022, p. 317).

Ele afirma que, até a Emenda Constitucional 45/2004, o Superior Tribunal Federal entendia o estatuto dos tratados como equivalente à lei ordinária. A partir de então, se recebidos pelo rito especial previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, a normativa internacional tem equivalência constitucional e, caso o rito especial não seja seguido, terá estatuto de suprallegalidade, ou seja, situada abaixo das normas constitucionais, mas acima das leis ordinárias.

Isso significa que os tratados internacionais que ingressaram no ordenamento jurídico nacional nunca tiveram uma hierarquia inferior a uma lei ordinária. Assim, ao se comparar uma determinação de um tratado com uma portaria editada por um Tribunal de Justiça ou por uma Secretaria Penitenciária, por exemplo, o conteúdo desta não pode ir contra o conteúdo daqueles. Já os diplomas internacionais adotados pelo Brasil nas últimas duas décadas são ainda mais fortes, de modo que elas estão minimamente acima das leis ordinárias – dessa forma, uma alteração na LEP, por exemplo, não pode ter uma regra que contrarie um tratado internacional.

Mendes e Martínez (2020, p. 12) reforçam que “de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi assentado o status normativo suprallegal aos tratados internacionais de direitos humanos. O que significa dizer que estes encontram-se abaixo da Constituição, contudo, acima das leis infraconstitucionais”, sendo necessário o controle de convencionalidade tanto para as leis anteriormente existentes como para a análise de validade de normas que são inseridas no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao se ter em mente que o controle de convencionalidade deve ser feito analisando os atos internos (comissivos ou omissivos) em face de normas internacionais, como explica Ramos (2022, p. 319), e que o Brasil já reconheceu: i) a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ii) a competência do Comitê contra a Tortura e do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradeantes do Comitê contra a Tortura e iii) o direito de propositura de petições de vítimas de violações dos direitos protegidos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, entende-se necessária a “compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional”, como também explicado por ele (*idem*, p. 322). Ele ainda explica que o “diálogo das Cortes” precisa ser feito em âmbito doméstico para evitar que interpretações nacionais erradas dos documentos internacionais resultem em desrespeito aos direitos humanos.

Também abordando o diálogo das Cortes, Conci e Faraco (2020, p. 94) explicam a necessidade de se usar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fazer as interpretações da Constituição brasileira e da jurisprudência da Suprema Corte.

Para os autores (*idem*, p. 99), é de grande importância que o direito internacional dos direitos humanos seja trabalhado juntamente com o direito interno, objetivando uma única ordem de normas jurídicas. Não é suficiente apenas internalizar os textos dos tratados, mas eles apontam a necessidade de internalizar também a jurisprudência internacional, tendo em vista que o Brasil aderiu à jurisdição da Corte IDH (*idem*, p. 101).

Assim, além de ser importante a observância das normativas internacionais que serão apresentadas nos próximos itens, também devem ser observadas as decisões proferidas pela Corte IDH, algumas das quais serão abordadas ainda neste capítulo.

Conci e Faraco sublinham, no entanto, que o sistema internacional não será sempre aplicado em detrimento do direito doméstico. Sendo a norma (ou jurisprudência)

internacional menos favorável a quem está pleiteando a proteção de direitos humanos, a norma interna será utilizada (*idem*, p. 104).

Tendo finalizado o apanhado doutrinário sobre os direitos e garantias fundamentais das pessoas presas e feita esta breve explicação sobre o bloco de constitucionalidade, os próximos itens abordarão documentos internacionais que abordam diretamente o direito das pessoas privadas de liberdade e outros tratados, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que, apesar de falarem sobre direitos humanos de forma geral, trazem alguns artigos que se aplicam (ou podem ser aplicados) para pessoas em situação de prisão.

1.2 Regras de Mandela

Na Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida em 17 de dezembro de 2015, foram aprovadas as “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos”, também chamadas de “Regras de Nelson Mandela”⁴, “para honrar o legado do presidente Nelson Rolihlahla Mandela, que esteve preso por 27 anos enquanto lutava por direitos humanos, igualdade, democracia e pela promoção da cultura de paz” (tradução livre do ponto 6 da Resolução 70/175 da Organização das Nações Unidas⁵). O documento foi aprovado pelo Conselho Econômico e Social, pelas Resoluções n. 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Ainda, em dezembro de 2015 foram aprovadas novas atualizações elaboradas pela Comissão das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, à unanimidade, pela Assembleia Geral da ONU (Ramos, 2022, p. 119).

Tal documento foi uma atualização das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, aprovado no 1º Congresso sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, ocorrido na cidade de Genebra, em 1955. Este último, por

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*. Coordenação: Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf> Acesso em 12 jun. 2022

⁵ UNITED NATIONS. Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015. *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules)*. Distrit: General, 2016. Versão original: “Approves the recommendation of the Expert Group that the Rules should be known as “the Nelson Mandela Rules”, to honour the legacy of the late President of South Africa, Nelson Rolihlahla Mandela, who spent 27 years in prison in the course of his struggle for global human right, equality, democracy and the promotion of the culture of peace” página 5, disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf>. Acesso em 24 jul. 2022.

sua vez, havia sido elaborado décadas antes, em 1929, pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária, e adotado em 1934 pela Liga das Nações.

Mendes e Martínez (2020, p. 155) explicam que, em 1890, no Congresso Internacional Penitenciário de São Petersburgo, as pessoas presas deixaram de ser consideradas “sujeitos passivos de qualquer tratamento arbitrário” e passaram a ser, gradativamente, reconhecidas “como sujeitos titulares de direitos”. Em seguida, elas continuam, “no Congresso Penitenciário de Budapeste de 1905, atrelado à remuneração, surge o direito à indenização por acidente de trabalho”. E, para se chegar nas Regras Mínimas, houve também as propostas de 1925 da Comissão Penitenciária Internacional para a construção de “regras internacionais de exigências mínimas de execução penal que deveriam ser seguidas pelas legislações de todos os países”.

Seu processo de revisão, anos mais tarde, contou com a organização da *Penal Reform International* (Reforma Penal Internacional, em tradução livre) e de organizações não governamentais como a Anistia Internacional, Centro de Estudos Legais e Sociais da Argentina, Comissão Internacional da Pastoral Carcerária e a brasileira Conectas Direitos Humanos.

Leal (2022, p. 143) explica os pontos que foram especialmente revisados na última versão do documento:

o respeito à dignidade e ao valor inerentes aos presos como seres humanos; os serviços médicos e sanitários; as medidas e sanções disciplinares, inclusive o papel do pessoal médico, a reclusão em regime de isolamento e a redução de comida; a investigação de todas as mortes de presos, assim como de todo indício ou denúncia de tortura ou de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes; a proteção e as necessidades especiais dos grupos vulneráveis privados de liberdade, tendo em conta os países que se encontram em circunstâncias difíceis; o direito de representação de um advogado; a substituição de terminologia obsoleta; a capacitação do pessoal pertinente a fim de que apliquem as Regras Mínimas.

No mesmo texto (*idem*, p. 144), Leal traz um trecho da Opinião Técnica Consultiva *ex officio* n. 006/2013 intitulada *Reforma Penitenciaria y Medidas Alternativas al Encarcelamiento en el Contexto Latinoamericano* (reforma penitenciária e medidas alternativas ao encarceramento no contexto latino-americano, em tradução livre), elaborada pelo Escritório Regional das Nações Unidas contra as Drogas e Delitos da América Central e Caribe – UNODC ROPAN, para os Estados da América Latina, em que é explicado que, não obstante ser um documento com natureza jurídica de *soft law*, isto é, sem força vinculante, elas são úteis em pelo menos três pontos distintos:

Em primeiro lugar, podem ser utilizadas ao nível nacional mediante o fomento de diagnósticos mais específicos dos sistemas penitenciários, podendo levar à adoção de uma correspondente reforma da justiça penal. Em segundo lugar, podem ajudar os países a desenvolver estratégias sub-regionais e regionais em matéria penitenciária. Em terceiro lugar, proporcionam orientação aos Estados para melhorar suas práticas de acordo com as normas recomendadas internacionalmente.

Além da importância do documento mesmo que se mantenha como *soft law*, deve-se ter em mente, conforme colocado por Ramos (2022, p. 119), que o conjunto de normas não vinculantes pode “se transformar em normas vinculantes posteriormente, caso consigam a anuência dos Estados”, adicionando que “tais normas espelham diversos direitos dos presos, previstos em tratados [vinculantes] (...), por consequência, a violação das regras mínimas pode concretizar a violação de dispositivos previstos em tratados de direitos humanos”, como atestado nos “considerandos” das Regras de Mandela, influenciadas pelo Comentário Geral n. 21 do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶.

Cerneka (2012, p. 18) explica que, diferentemente de um tratado vinculante, cujo descumprimento pode ser levado a uma Corte Internacional, “as regras mínimas têm por objetivo estabelecer princípios e regras de uma boa organização penitenciária e das práticas relativas ao tratamento de prisioneiros”, complementando que o Brasil, “por ser membro da ONU, tem o ‘dever’ de respeitar as regras, mas não pode sofrer sanção por não cumpri-las”.

Leal (2022, p. 149) discorre sobre como profissionais que atuam dentro do sistema prisional não estão muito familiarizados com as Regras de Mandela e como os que as conhecem alegam que não conseguem aplicá-las no seu cotidiano e as tratam de forma pejorativa. Leal segue afirmando que essa foi sua percepção em relação a outros atores do sistema, como advogados de defesa e defensores públicos (além de juízes e promotores):

Os advogados também as consideram como uma mera lista de estéreis e inócuas recomendações. Sua opinião é compartilhada pela maior parte dos

⁶ “Recordando sua Resolução n. 69/172, de 18 de dezembro de 2014, intitulada Direitos Humanos e a Administração da Justiça, na qual foi reconhecida a importância do princípio de que, exceto pelas limitações determinadas por lei claramente necessárias ao fato do encarceramento, as pessoas privadas de liberdade devem manter seus direitos humanos irrevogáveis e todos os demais direitos humanos e liberdades fundamentais; e recordado que a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade devem ser objetivos principais do sistema de justiça criminal, assegurando, na medida do possível, que os infratores sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis, ao retornarem à sociedade; e observaram, *inter alia*, o comentário geral n. 21 sobre o tratamento humanitário das pessoas privadas de liberdade, adotado pelo Comitê de Direitos Humanos.”

defensores públicos, promotores de justiça e juízes, para os quais as Regras são impotentes para mudarem o perfil do sistema prisional.

Logo nas observações preliminares do documento internacional⁷, percebe-se que ele não possui a intenção de descrever de maneira pormenorizada um estabelecimento prisional perfeito ou que todas as suas diretrizes devem ser aplicadas em todos os lugares, todos os tempos, pois sabe-se das variações de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas existentes no mundo. No entanto, elas são diretrizes mínimas que devem ser buscadas e, sendo possível, melhores condições ofertadas.

Muitas das regras tratam sobre a necessidade de preservar a dignidade, saúde – em todos os seus aspectos –, o direito ao trabalho e ao estudo da pessoa presa, entre outros direitos que não são objeto da sentença que limita a liberdade de quem é condenado ou condenada, além de falar sobre questões relativas às pessoas que aguardam seus julgamentos.

Para este trabalho, no entanto, é interessante sublinhar a Regra 56⁸, que prevê o direito da pessoa privada de liberdade fazer solicitações ou reclamações para a direção da unidade prisional e para aquelas pessoas que fazem inspeções no local – sejam elas juízas, representantes da Defensoria Pública ou Ministério Público ou membros da sociedade civil –, de forma confidencial, sem a presença de pessoas que trabalham na unidade prisional. Esta privacidade e sigilo da comunicação também é aplicada para conversas realizadas com sua defesa técnica, seja ela pública ou não.

Em relação à força não vinculante das Regras de Mandela, nota-se que, ao menos no estado de São Paulo, elas têm força constitucional, pois o artigo 143 da sua

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela*: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Coordenação: Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf> Acesso em 12 jun. 2022

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela*, cit., regra 56.

1. Todo preso deve ter a oportunidade, em qualquer dia, de fazer solicitações ou reclamações ao diretor da unidade prisional ou ao servidor prisional autorizado a representá-lo.
2. Deve ser viabilizada a possibilidade de os presos fazerem solicitações ou reclamações, durante as inspeções da unidade prisional, ao inspetor prisional. O preso deve ter a oportunidade de conversar com o inspetor ou com qualquer outro oficial de inspeção, livremente e em total confidencialidade, sem a presença do diretor ou de outros membros da equipe.
3. Todo preso deve ter o direito de fazer uma solicitação ou reclamação sobre seu tratamento, sem censura quanto ao conteúdo, à administração prisional central, à autoridade judiciária ou a outras autoridades competentes, inclusive àqueles com poderes de revisão e de remediação.
4. Os direitos previstos nos parágrafos 1 a 3 desta Regra serão estendidos ao seu advogado. Nos casos em que nem o preso, nem o seu advogado tenham a possibilidade de exercer tais direitos, um membro da família do preso ou qualquer outra pessoa que tenha conhecimento do caso poderá exercê-los.

Constituição Estadual⁹ determina que “a legislação penitenciária estadual assegurará o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos”. Frisa-se que a referida Constituição teve o artigo 143-A acrescentado em 2022, também discorrendo sobre execução penal, sem que houvesse nenhuma alteração na redação de 1989 do artigo 143, de modo que a intenção do constituinte paulista para assegurar o respeito às Regras de Mandela segue vigente.

1.3 Regras de Bangkok

Outro documento sem força vinculante aos Estados, mas que é um marco para interpretação de normas internacionais e domésticas sobre mulheres em situação de prisão e um complemento ao documento anteriormente visto, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento das Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras foram elaboradas em 2009, na capital tailandesa e, por isso, é conhecido como Regras de Bangkok¹⁰.

Note-se que ao ser elaborado o documento anterior sobre o tratamento aos presos, além do número de mulheres encarceradas ser muito mais baixo do que atualmente, não havia a preocupação com as especificidades de uma mulher presa.

Mendes (2021, p. 92) afirma que “é imprescindível considerar como o patriarcado manifesta-se de modo a institucionalizar o domínio masculino que se estende a toda a sociedade”, adicionando que

o direito não passa incólume ao simbolismo de gênero e menos ainda ao patriarcado. Por consequência, o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal também não. Pelo contrário, o processo penal e o modo de funcionamento do sistema penal não só reproduzem desigualdades baseadas no gênero, mas produzem muitas destas próprias desigualdades. (2021, p. 93)

Para tentar reduzir essas desigualdades se entendeu necessário produzir normas com a questão de gênero em mente.

⁹ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Constituição do Estadual de 05 de outubro de 1989.* Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html> Acesso em 21 dez. 2022.

¹⁰ Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok:* regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, Brasília, CNJ, 2016. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecdc40afbb74.pdf> Acesso em 12 jun. 2022.

Um exemplo de como documentos *soft law* podem servir como orientação e fundamentação para a elaboração de leis é o Decreto 8.858, de setembro de 2016¹¹, em que se determina a observâncias das Regras de Bangkok no emprego de algemas, especialmente com sua vedação durante o trabalho de parto, entre o trajeto da unidade prisional e a unidade hospitalar e durante sua internação hospitalar. De forma similar, ainda que as Regras de Bangkok não tenham sido expressamente mencionadas, algumas delas podem ser vistas no Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257, também de 2016¹²), em que se exige que a lavratura do auto de prisão em flagrante e interrogatório constem se a pessoa presa tem filhos, bem como o contato de quem está responsável por eles, além de alterar o artigo 318 do Código de Processo Penal¹³ para permitir a substituição da prisão preventiva por domiciliar no caso de mulheres gestantes e com filhos de até 12 anos de idade, que remetem às regras 57 e 58, que dizem que “deverão ser desenvolvidas opções de medidas e alternativas à prisão preventiva (...) considerando (...) suas responsabilidades maternas” e que “mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem a devida atenção ao seu contexto e laços familiares”.

No mesmo ano em que foram promulgadas as leis acima mencionadas, o Ministério da Justiça publicou diretrizes para o tratamento de mães no sistema prisional, indicando a “preferência às penas não privativas de liberdade ou à prisão domiciliar” para essas mulheres.

Da mesma maneira que as Regras de Mandela, as de Bangkok trazem diversas diretrizes que cuidam da dignidade e de diversos outros direitos das mulheres.

¹¹ BRASIL. *Decreto n. 8.858, de 26 de setembro de 2016*. Regulamenta o disposto no art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8858.htm#:~:text=D8858&text=Regulamenta%20o%20disposto%20no%20art,1984%20%2D%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.&text=III%20%2D%20o%20Pacto%20de%20San,mulheres%20em%20condi%C3%A7%C3%A3o%20de%20vulnerabilidade. Acesso em 29 jun. 2023.

¹² BRASIL. *Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso em 29 jun. 2023.

¹³ BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em 08 maio 2021.

Este documento traz artigos que abordam com muito mais profundidade o universo feminino do que as Regras de Mandela, que não foram criadas com preocupação de gênero.

Alguns dos temas que são encontrados são sobre saúde mental e gestação¹⁴ e maternidade¹⁵, violência doméstica¹⁶ e a necessidade de fomentar pesquisas sobre a realidade das mulheres em conflito com a lei¹⁷.

Com relação ao presente trabalho, é interessante observar a Regra 46 que estabelece que:

Autoridades prisionais, em cooperação com os serviços de sursis, liberdade condicional e/ou de assistência social, grupos comunitários locais e organizações não-governamentais, deverão formular e implementar programas amplos de reinserção para o período anterior e posterior à saída da prisão, que incluam as necessidades específicas das mulheres.

Outra regra que conversa com os tópicos que serão debatidos a seguir é a 45, que diz que as autoridades devem conceder, sempre que possível, direitos como saída temporária e regime prisional aberto, “com o intuito de facilitar sua transição da prisão para a liberdade, reduzir o estigma e restabelecer contato com seus familiares”.

Como se verá em tópicos posteriores, o uso de ferramentas como esta, que incentivam a retirada da pessoa da unidade prisional, não é apenas positivo para quem

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, Regra 6: O exame médico de mulheres presas deverá incluir avaliação ampla para determinar a necessidade de cuidados de saúde básicos e deverá também determinar:

(...)
 (b) Necessidades de cuidados com a saúde mental, incluindo transtorno de estresse pós-traumático e risco de suicídio e de lesões auto infligidas;
 (c) O histórico de saúde reprodutiva da mulher presa, incluindo gravidez atual ou recente, partos e qualquer questão relacionada à saúde reprodutiva; (...)

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*, cit., Regra 2, item 2:
 Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*, cit., Regra 44:
 Tendo em vista a probabilidade desproporcional de mulheres presas terem sofrido violência doméstica, elas deverão ser devidamente consultadas a respeito de quem, incluindo seus familiares, pode visitá-las.

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*, cit., Regra 67:
 Serão envidados esforços para organizar e promover pesquisa ampla e orientada a resultados sobre delitos cometidos por mulheres, as razões que as levam a entrar em conflito com o sistema de justiça criminal, o impacto da criminalização secundária e o encarceramento de mulheres, as características das mulheres infratoras, assim como os programas estruturados para reduzir a reincidência criminal feminina, como uma base para planejamento efetivo, desenvolvimento de programas e formulação de políticas para atender às necessidades de reintegração social das mulheres infratoras.

sai, mas também para aquelas que ficam em um estabelecimento um pouco menos superlotado.

1.4 Regras de Tóquio

As Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade foram adotadas pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 1990 e são conhecidas como as Regras de Tóquio¹⁸.

Enquanto os dois documentos anteriormente citados mencionam, dentre outras diretrizes, a necessidade de aplicar, quando possível, medidas não encarceradoras, este documento trata especificamente sobre o tema de medidas não privativas de liberdade.

Em tradução para o português publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2016, o ministro Lewandowski (2016, p. 11) observa que, entre 1990 e 2014, houve um aumento de 575% da população prisional no Brasil, reconhecendo que esta curva ascendente do encarceramento em massa “dá-se em meio à sofisticação e o aprimoramento das formas de organização e funcionamento do aparato repressivo, notadamente sob a perspectiva de uma autorização legislativa mais punitivista”.

Ele segue relatando os problemas na execução da pena, em unidades prisionais, em razão de suas diversas qualidades negativas (que serão vistas de forma mais aprofundada em tópico futuro). Lewandowski (*ibidem*) diz que se tem “um sistema de punições sem nenhum comprometimento com um prognóstico de não-reincidência”, em concordância com outros autores previamente mencionados.

Gomes (2000, p. 35) faz a mesma observação acerca das diretrizes mínimas para serem seguidas. Jesus (2000, p. 216) acrescenta que, o que não for contra a Constituição brasileira e as demais leis do país, as regras acabam tendo norma cogente.

As regras em si trazem diretrizes para serem adotadas em diversas etapas do processo penal. Ao abordar a etapa de execução penal, o documento indica a aplicação de instrumentos como autorizações de saída (para visitas de reinserção social, trabalho e educação), liberdade condicional de maneiras variadas, indulto e remissão de pena.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA *Regras de Tóquio*: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em 12 jun. 2022.

Sobre o último item, necessária a observação sobre possível erro de tradução do documento, tendo em vista que a palavra “*remission*” (em inglês) e “*remise de peine*” (em francês) mais se assemelha com o instituto da remição, isto é, com a diminuição do tempo de pena a ser cumprida, em razão de trabalho e estudo realizado pela pessoa em cumprimento de reprimenda, do que com um perdão da pena (que seria o próprio indulto – total ou parcial).

De toda maneira, o rol do documento é apenas exemplificativo, de modo que a remição pode ser entendida como uma das maneiras para auxiliar na reintegração mais rápida da pessoa na sociedade, como objetivado pelo item 9 das Regras de Tóquio.

1.5 Princípios de Yogyakarta e Regras de Brasília

Os últimos dois documentos *soft law* aqui trazidos não são especificamente sobre prisão ou mesmo sobre processo penal.

No entanto, eles não podem ser desconsiderados ao se pensar em execução da pena, pois há itens de ambos que abordam a temática, ainda que indiretamente.

Os Princípios de Yogyakarta¹⁹ trazem recomendações para coibir a discriminação de pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, em diversos âmbitos do dia a dia, reforçando os direitos previstos em diversas outras normativas e garantindo a aplicação da isonomia de tratamento.

O princípio de número 7 elenca o direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade apenas por ser quem é, além de reforçar as garantias de informação sobre o motivo da prisão e a sua presença em audiência de apresentação logo após sua prisão. Em seguida, o item 8 fala sobre o direito a julgamento justo, mais uma vez buscando a isonomia e a aplicação de todas as normas já existentes, sem que haja discriminação.

O item mais importante para a fase de execução penal é o de número 9, intitulado direito a tratamento humano durante a detenção. Aqui se coloca de forma expressa que “a orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa”, e elenca deveres para os Estados evitarem o aumento da marginalização dessa população, garantirem o acesso à saúde (inclusive reprodutiva e com acesso à terapia hormonal, se for o caso), o acesso às visitas conjugais, entre outros.

¹⁹ BRASIL. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/principiosdeyogyakarta.pdf> Acesso em 22 dez. 2022.

O item C deste princípio discorre sobre a participação nas decisões relacionadas ao local de detenção, de modo que a pessoa tenha a possibilidade de optar por ser encaminhada ou permanecer presa em unidade prisional masculina ou feminina. Se esta decisão é óbvia na hora do encaminhamento de pessoas cisgêneras (isto é, que possuem identidade de gênero que correspondem ao gênero designado no nascimento e/ou com seu sistema reprodutivo), tal obviedade não existe obrigatoriamente ao fazer o encaminhamento para pessoas transexuais ou não-binárias (que se identificam com o gênero oposto ao designado no nascimento e que não se identificam com o gênero masculino nem com o gênero feminino, respectivamente). Um homem trans pode ter medo de sofrer violência sexual em uma unidade masculina e preferir ser encaminhado para uma unidade feminina, portanto, da mesma maneira que uma mulher trans pode ter o mesmo receio e optar também pela unidade feminina. Porém, por motivos diversos, tanto o homem trans como a mulher trans podem preferir uma unidade masculina e, por isso, é de fundamental importância a sua participação na decisão.

No Brasil, esse item é reforçado no artigo 8º, II, da Resolução 348, de 09 de outubro de 2020, do Conselho Nacional da Justiça²⁰, que determina que o juízo deve perguntar para a pessoa autodeclarada transexual a sua preferência por custódia em unidade feminina, masculina ou específica (se houver) e, na unidade escolhida, se prefere o convívio geral ou em ala específica (se houver).

Já as Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade²¹, como o nome diz, fala sobre acesso à justiça, de forma geral, mas elenca as pessoas em privação de liberdade como beneficiários das regras, pois esta situação “pode gerar dificuldades para exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular a pessoa privada de liberdade” e, dentre suas diversas disposições, há a menção sobre a “necessidade de assistência técnico-jurídica de qualidade e especializada” e gratuita, para quem não puder arcar com esses gastos.

As atualizações das Regras de Brasília explicam que a assistência legal deve ser prestada sem demoras desnecessárias, em todas as jurisdições e instâncias, destacando-se a necessidade do fortalecimento da Defensoria Pública para a garantia de atendimento de qualidade gratuito. Outro serviço gratuito que o documento visa garantir para quem

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 348, de 09 de outubro de 2020*. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado15421720210126601038596c499.pdf> Acesso em 22 dez. 2022.

²¹ BRASIL. *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 12 jun. 2022.

precisa é o de intérprete ou tradutor, tanto nos casos em que a pessoa não tenha fluência no idioma local, como nos casos em que a pessoa tenha algum tipo de deficiência.

Neste documento também há itens que sugerem a adoção de iniciativas para sensibilizar profissionais que atuam com pessoas vulnerabilizadas e da promoção de formação adequada “a todas aquelas pessoas do sistema judicial que, devido à sua intervenção no processo, têm um contato com as pessoas em condição de vulnerabilidade”, destacando a importância de incluir formação em direitos humanos, de gênero, diversidade e interculturalidade.

1.6 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Diferentemente dos documentos citados nos itens anteriores, neste tópico e no seguinte serão abordados dois tratados internacionais que possuem maior força legal, inclusive sendo possível o pedido de condenação, junto aos respectivos órgãos internacionais, no caso de seu descumprimento.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, PIDCP, em vigor no Brasil desde 06 de julho de 1992²², foi adotado pelas Nações Unidas em 1966.

Alguns dos seus artigos abordam o direito à liberdade e os limites de seu cerceamento. No artigo 7, por exemplo, veda-se a submissão à tortura e a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Anos mais tarde, em 1984, a própria ONU adotou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em uma evidente demonstração da importância do cuidado com este tema.

O artigo 9 menciona a necessidade de apresentação, sem demora, a um ou uma juíza, para que seja avaliada a legalidade da prisão de cada pessoa. Este artigo, juntamente com o seu correspondente na Convenção Americana dos Direitos Humanos, foi o precursor das chamadas audiências de custódia. Ele também menciona a necessidade de reparação para as vítimas de prisão ou encarceramento ilegais.

Por sua vez, o artigo 10 menciona que “o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros”.

²² BRASIL. Decreto n. 595, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em 24 jul. 2022.

Outra normativa prevista neste tratado, que normalmente é usada mais ao se pensar em processos de conhecimento, é a vedação ao *bis in idem*, prevista no artigo 14.7. Não obstante, é interessante citar pesquisa sobre esse artigo, no âmbito da execução penal, para lembrar que todas as garantias previstas nos documentos internacionais e domésticos são proteção do cidadão contra o poder punitivo do Estado, e não garantias para aumentar o poder punitivo.

Aleixo e Penido analisam um acórdão proferido em 2015 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e afirmam que “no âmbito da execução penal os princípios são também meios de limitação racional do poder punitivo executório do Estado sobre as pessoas condenadas. No entanto, verifica-se com frequência a subversão do seu conteúdo que é aplicado em prejuízo ao condenado” (2017, p. 237).

Na pesquisa realizada pelas autoras, o acórdão sustentava que a negativa do pedido defensivo se deu para não configurar “*bis in idem* contra o Estado” (*idem*, p. 239). Elas seguem dizendo que tal decisão contrariou a essência dos princípios que deveriam ser escudos contra o poder punitivo, e não o oposto, isto é, não uma maneira de “fazer prevalecer o exercício do poder de punir” (*idem*, p. 240).

Percebe-se, então, que diversas das normativas do PIDCP – que já são sabidamente aplicadas, ao menos no campo do “dever ser”, em fase de processo de conhecimento criminal – também devem ser aplicadas na fase da execução da pena.

1.7 Convenção Americana de Direitos Humanos

Elaborada menos de três anos depois do PIDCP, a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH – reforça diversas de suas ideias.

O artigo 5.2 remonta à ideia de proibição de penas cruéis e degradantes, adicionando que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” e o artigo 5.6 reforça a ideia da finalidade da ressocialização da pena, aqui chamadas de “a reforma e a readaptação social dos condenados”. Outro item deste artigo determina que a pena não passe “da pessoa do delinquente”.

O correspondente ao artigo 9 do PIDCP na CADH é o artigo 7. Além de abordar a temática da (atualmente chamada, no Brasil, de) audiência de custódia, este artigo proíbe a detenção arbitrária, determina que a pessoa presa seja informada das acusações

formuladas contra ela, além de assegurar o direito ao recurso contra a determinação e manutenção de sua prisão e, também, vedando a prisão por dívida civil, excepcionando os inadimplementos de alimentos.

Em seguida, o artigo 8 aborda as garantias judiciais que devem ser respeitadas durante todo o processo penal, que incluem o direito à defesa técnica, seja por livre escolha de pessoa advogada de sua confiança ou sendo assistido ou assistida pela Defensoria Pública e de se comunicar reservadamente com sua defesa (particular ou fornecida pelo Estado) para formular sua defesa, bem como o direito à assistência por intérprete em caso de não compreensão integral do idioma daquele Tribunal – o que deve ser visto como o direito, também, à intérprete para linguagem de sinais ou outra interpretação para que a pessoa acusada compreenda o teor de sua acusação e possa se defender de forma adequada. Outras garantias aqui previstas são o direito ao duplo grau de jurisdição; à proibição de ser julgado novamente pelo mesmo fato, após o trânsito em julgado, entre outras.

Choukr (2002, p. 126), ao discorrer sobre a influência da CADH no processo de execução penal, menciona os itens do artigo 5, que versa sobre o direito à integridade física, e afirma que

Sistematicamente todos esses incisos são relegados pela maior parte da prática das políticas públicas nas esferas dos poderes do Estado, quando não se fornecem os meios para a correta execução da pena, quando não se dá o devido valor interpretativo aos cânones da Convenção e do texto constitucional e quando se legisla ou se cogita em legislar em desacordo com esses primados. Na seara da execução penal evidencia-se, pois, a parca influência da CADH na estrutura cultural do processo penal, malgrado esforços doutrinários se façam sentir na via oposta, embora nem sempre explicitamente se valham do texto convencional. Sem embargo, o espírito cultural daquela norma se encontra assaz presente e justifica as menções doutrinárias como sinônimo de esperança na formação de novos operadores do direito.

Novamente, é interessante notar que os desrespeitos a essas normativas não são algo recente, tendo em vista que o texto acima mencionado foi escrito há mais de vinte anos, sem que tenha havido mudança de fato, mas apenas reiterações de ofensas às normas internacionais.

1.8 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos da pessoa presa

Os direitos das pessoas presas – que nem sempre estão relacionados aos direitos de execução penal – são objetos de diversos relatórios da ONU, das Organizações dos

Estados Americanos, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entre outras organizações.

Aqui, serão trazidas apenas algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – a Corte IDH é uma instituição judicial autônoma do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, que busca aplicar e interpretar a Convenção Americana, podendo se manifestar através de opiniões consultivas, medidas provisórias ou sentenças²³ – para exemplificar casos de violação de direitos de pessoas em alguns países da América Latina. Paiva e Heemann (2020, p. 55) complementam as informações sobre a Corte IDH mencionando que ela também pode expandir sua atividade interpretativa para outros documentos internacionais relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, também como uma das funções de sua competência consultiva.

Os autores seguem ensinando que a Corte IDH não integra a estrutura da Organização dos Estados Americanos (OEA), diferentemente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), não obstante a OEA ainda ter fortes influências sobre a Corte, com a escolha de seus juízes e a determinação do local de sua sede, por exemplo.

1.8.1 Estado em posição de garante da pessoa presa

A Corte IDH já se manifestou por mais de uma vez a respeito da posição especial de garante do Estado quanto às pessoas custodiadas.

Uma das manifestações mais antigas neste sentido foi justamente em um caso brasileiro, na Resolução de medidas provisórias de 30 de novembro de 2005, no Caso dos Internos no Complexo de Tatuapé²⁴.

Nos parágrafos 18 e 19 de seu voto, o juiz Ramírez assim afirmou:

Ser garante na situação de aprisionamento e a respeito dos direitos que estão em jogo significa para o Estado: a) cumprir suas funções em conformidade com os parâmetros internacionais que regem esta matéria; b) omitir tudo aquilo que possa infligir ao sujeito privações para além das estritamente relacionadas com a detenção ou ao cumprimento da condenação; c) assegurar tudo o que resulte pertinente – conforme a lei aplicável – para assegurar o gozo e exercício dos direitos que o título jurídico de detenção deixa a salvo; d) atuar em função

²³ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *What is the I/A Court H.R?*, San Jose, Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=en Acesso em 22 de dez. 2022.

²⁴ TUDO DE PENAL. *Posição especial de garante do Estado em relação aos menores privados de liberdade*. Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/posicao-especial-de-garante-do-estado-em-relacao-aos-menores-privados-de-liberdade/> Acesso em 23 dez. 2022.

dos fins aos quais serve a reclusão (segurança e readaptação social); e e) oferecer relatórios e explicações acerca do que ocorra a quem está sob sua custódia.

Se é imperiosa a situação especial de garante que incumbe ao Estado em relação a quem está sujeito à sua autoridade, observação, condução e controle num centro de detenção, isso é ainda maior se os internos ou detidos são menores de idade. Neste caso aparecem duas circunstâncias que extremam os deveres do Estado: por um lado, as obrigações específicas que este tem a propósito dos menores de idade – ou crianças, conforme a Convenção das Nações Unidas, e por outro, a evidente vulnerabilidade maior na qual se encontram as crianças, levando em conta sua debilidade, insuficiente desenvolvimento e carência de meios para prover seu próprio cuidado. Nesta espécie se pode falar, portanto, de uma condição de garante reforçada ou qualificada.

Note-se que, apesar de apreciar situação ocorrida em estabelecimento juvenil, há ressalva de que esse dever é ainda maior – “uma condição de garante reforçada ou qualificada” – no caso de custodiados menores de idade, o que significa dizer que, apesar de este dever poder ser considerado menor em casos de pessoas presas adultas, ele ainda deve ser observado.

Na Resolução de medidas provisórias de 30 de março de 2006, no Caso das Penitenciárias de Mendoza vs. Argentina, o juiz Ramírez, a partir do parágrafo 6º, assim expõe seu voto:

Na região sombria da prisão entram em contato – e colisão, com frequência – o ser humano e o Estado, com muito distinta força e diferentes títulos, que imediatamente parecem desqualificar um e endossar o outro, para múltiplos efeitos. Aquele é visto como “inimigo social”, “sujeito perigoso”, “castigado” ou “segregado”, cujos direitos e poderes se veem restringidos, sujeitos a controle e suspeita; o outro é apreciado como defensor das instituições e administrador da lei e dos castigos, que trabalha em nome da sociedade e explica o desempenho da força. Falamos, pois, no que denomino a “zona crítica” dos direitos humanos, onde estes correm imenso risco e o ser humano pode naufragar definitivamente.

Ao Estado competem deveres de custódia, derivados de sua posição especial de garante em relação aos reclusos, devendo observar uma dupla via: com respeito aos agentes do próprio Estado e com respeito aos terceiros, pois as obrigações públicas abarcam todas as condutas que possam afetar direitos dos internos; isto é, operam *erga omnes*. No fim das contas, se o Estado não oferece esta proteção geral, que pode assegurá-la a quem está desprovido da liberdade e não conta com capacidade de defesa? A quem incumbe o dever de proteção dos direitos dos presos, entregados de direito e de fato às mãos do Estado, isto é, amparados pela responsabilidade política, ética e jurídica do poder público que os aprisiona e controla minuciosamente sua existência?

Na hora mais obscura da vida das prisões, os dramas carcerários não interessam aos tribunais, como se não se tratasse da instrução de processos contra reclusos pela possível prática de novos crimes intra muros. Mas isso não foi, propriamente, objeto de atenção judicial penitenciária. Começou a ser quando o réu deixou de ser – formal ou materialmente – “coisa da administração” e ganhou terreno o princípio da legalidade na custódia e na execução das penas, após ter conquistado, muito tempo antes, a formulação dos tipos e as consequências jurídicas e no estabelecimento dos tribunais e a regulação da persecução. A legalidade executiva somou-se, ainda que debilmente – muito

debilmente -, à legalidade penal e processual. Sua bandeira foi o juiz de execução de penas, uma figura tutelar do Direito nos direitos dos reclusos.²⁵

Em outra medida provisória, no Caso de Determinados Centros Penitenciários da Venezuela, Centro Penitenciário da Região Centro Ocidental (Cárcere de Uribana) vs. Venezuela, a posição de garante é explicada como um dever do Estado de cuidar da vida e da integridade física das pessoas sob sua responsabilidade, sendo recomendado que se busque reduzir a superlotação e capacitar agentes responsáveis pelas unidades:

O Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade de abster-se, sob qualquer circunstância, de atuar de maneira tal que se viole a vida e a integridade delas. Neste sentido, as obrigações que deve assumir o Estado em sua posição de garante incluem a adoção das medidas que possam favorecer a manutenção de uma clima de respeito dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade entre si, evitar a presença de armas dentro dos estabelecimentos em poder dos internos, reduzir a superlotação, procurar as condições de detenção mínimas compatíveis com sua dignidade e assegurar pessoal capacitado e em número suficiente para proteger o adequado e efetivo controle, custódia e vigilância do centro penitenciário. A Corte recorda que, em conformidade com a normativa internacional, o Estado deve assegurar que as medidas de segurança adotadas nos centros prisionais incluam o treinamento adequado do pessoal penitenciário que presta a segurança na prisão e a efetividade destes mecanismos para prevenir a violência intracarcerária, tais como a possibilidade de reagir ante fatos de violência ou de emergência no interior dos pavilhões.²⁶

Para além de medidas provisórias, a Corte IDH já trouxe o tema da posição de garante também em suas sentenças, como no Caso Diaz Peña vs. Venezuela, no parágrafo 135 da sentença de 26 de junho de 2012:

Como responsável dos estabelecimentos de detenção, o Estado se encontra numa posição especial de garante dos direitos de toda pessoa que esteja sob sua custódia. Isto implica o dever do Estado de proteger a saúde e o bem-estar dos reclusos, oferecendo-lhes, entre outras coisas, a assistência médica requerida e de garantir que a maneira e o método de privação de liberdade não excedam o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção. Nesta linha, as más condições físicas e sanitárias dos lugares de detenção, assim como a falta de luz e ventilação adequadas, podem ser em si mesmas violatórias do art. 5º da CADH, dependendo da intensidade delas, sua duração e as características pessoais de quem as sofre, pois podem causar sofrimentos de uma intensidade que excede o limite inevitável de sofrimento que acarreta a detenção, e porque provocam sentimentos de humilhação e inferioridade. Neste sentido, os Estados não podem invocar privações econômicas para justificar condições de

²⁵ TUDO DE PENAL. *Posição de garante do Estado em relação à pessoa presa*. Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/posicao-de-garante-do-estado-em-relacao-a-pessoa-presa/> Recuperado em 23 dez. 2022

²⁶ TUDO DE PENAL. *Obrigaçao do Estado de proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade*. Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/obrigacao-do-estado-de-proteger-a-vida-e-a-integridade-pessoal-das-pessoas-privadas-de-liberdade/> Recuperado em 23 dez. 2022.

detenção que não cumpram com os parâmetros mínimos internacionais nesta área e não respeitem a dignidade do ser humano.²⁷

Outra sentença que sublinha a necessidade de que o Estado garanta os direitos não atingidos pela sentença condenatória da pessoa presa foi proferida no Caso Hernández vs. Argentina, em 22 de novembro de 2019. Seus parágrafos 87 e 88 assim dispõem:

Toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver numa situação de detenção compatível com sua dignidade pessoal. Assim, como responsável dos estabelecimentos de detenção, o Estado deve garantir aos reclusos a existência de condições que protejam seus direitos. Em relação ao direito à saúde, o cumprimento do requisito da qualidade requer que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde, além de serem aceitáveis desde um ponto de vista cultural, devem ser apropriados desde um ponto de vista científico e serem de boa qualidade. A esse respeito, a Corte observa que diversas decisões de organismos internacionais invocam as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos a fim de interpretar o conteúdo do direito das pessoas privadas de liberdade a um tratamento digno e humano, o que se relaciona com a garantia de seu direito à saúde, como normas básicas sobre alojamento, higiene, tratamento médico e exercício físico, entre outros. Os Estados devem oferecer atenção médica qualificada, inclusive psiquiátrica, às pessoas privadas de liberdade, tanto em situações de emergência como para fins de atenção regular, seja no próprio lugar de detenção ou centro penitenciário ou, no caso de não contar com isso, nos hospitais ou centros de atenção em saúde onde corresponda oferecer esse serviço. O serviço de atenção da saúde deve manter históricos médicos adequados, atualizados e confidenciais de todas as pessoas privadas de liberdade, o que deve ser acessível para essas pessoas quando solicitarem. Esses serviços médicos devem estar organizados e coordenados com a administração geral do serviço de atenção em saúde geral, o que implica estabelecer procedimentos adequados e rápidos para o diagnóstico e tratamento dos enfermos, assim como para seu traslado quando seu estado de saúde requeira cuidados especiais em estabelecimentos penitenciários especializados ou em hospitais civis. Para tornar efetivos estes deveres, são necessários protocolos de atenção em saúde e mecanismos ágeis e efetivos de traslado de prisioneiros, particularmente em situações de emergência ou enfermidades graves.²⁸

Nota-se, assim, que o entendimento de que o Estado ocupa a posição de garante – isto é, protetor da dignidade, da integridade, da saúde (física e mental) – da pessoa que ele tem sob sua custódia serve tanto para adolescentes como para adultos.

Tal posição faz com que o Estado possa ser responsabilizado, por exemplo, quando há morte na unidade prisional, ainda que seja em razão de cometimento de suicídio, mas também vale para casos menos extremos, em casos em que o Estado deve cuidar para que pessoas não adoeçam, fornecendo higiene e saneamento básico, além de

²⁷ TUDO DE PENAL. *Obrigações dos Estados diante da sua posição especial de garante dos direitos da pessoa privada de liberdade*. Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/obrigacoes-dos-estados-diante-da-sua-posicao-especial-de-garante-dos-direitos-da-pessoa-privada-de-liberdade/> Acesso em 23 dez. 2022.

²⁸ TUDO DE PENAL. *Direito à saúde das pessoas presas*. Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/direito-a-saude-das-pessoas-presas-2/> Acesso em 23 dez. 2022.

cuidar para que, caso fiquem doentes, possam receber o devido tratamento em tempo hábil, evitando a propagação de doença, nos casos de contagiosas, e sua piora, independentemente de sua natureza.

Ainda, o Estado é garantidor da segurança física das pessoas presas – e das equipes que trabalham nas unidades prisionais – de modo que as condições de trabalho das últimas devem ser boas para evitar tumultos, brigas, motins etc. E, caso não se consiga evitar uma situação assim, o treinamento deve ser sempre feito para que a contenção seja feita da forma mais segura possível, para os dois grupos (de pessoas que estão presas e de quem ali trabalha).

1.8.2 Mulheres em conflito com a lei

As especificidades enfrentadas por mulheres em situação de prisão já foram apreciadas pela Corte IDH, no Caso Centro Penitenciário da Região Andina vs. Venezuela, como se vê no parágrafo 14 da Resolução de medida provisória de 06 de setembro de 2012²⁹:

A Corte considera oportuno enfatizar a obrigação dos Estados de levar em consideração a atenção especial que devem receber as mulheres privadas de liberdade grávidas e em lactâncio durante sua detenção. Além disso, é dever do Estado proteger as mulheres contra toda forma de discriminação e violência, mais ainda quando se encontrem sob custódia estatal, razão pela qual devem estar separadas dos homens e serem vigiadas por pessoal feminino.

Se no item anterior havia sido abordada a necessidade do Estado proteger a pessoa condenada que estiver sob sua custódia, com mais razão ainda o Estado deve tutelar pela dignidade, integridade, saúde, condições de desenvolvimento saudável de nascituros, bebês e crianças – não condenadas – que estiverem com suas mães em situação de prisão.

O cuidado com a mulher custodiada, no entanto, não se resume tão somente aos cuidados que devem ser prestados à mulher enquanto estiver gestante ou puérpera, devendo ser estendido para mulheres no geral, minimizando (e idealmente eliminando) os casos de agressão sexual e demais violências de gênero.

1.8.3 Liberdade de se expressar pelos meios e idiomas que escolherem

²⁹ TUDO DE PENAL. *Atenção especial que devem receber as mulheres privadas de liberdade*. Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/atencao-especial-que-devem-receber-as-mulheres-privadas-de-liberdade/> Acesso em 23 dez. 2022.

Ainda que cada local tenha seu idioma oficial – ou até mais que um – e que deva ser utilizado em manifestações oficiais perante o juízo, com o direito ao uso de intérprete ou tradutor, se necessário, não existe uma obrigação de que a pessoa presa fale em determinado idioma enquanto está privada de liberdade. Essa foi a determinação encontrada na sentença do Caso López Álvarez vs. Honduras, proferida em 01º de fevereiro de 2006, com trecho abaixo copiado:

No presente caso, o Diretor do estabelecimento prisional proibiu a população indígena presa de manifestarem-se em seu idioma materno. Tal medida não foi justificada e viola a individualidade do detido e não obedece a condições de segurança ou a necessidades de tratamento. As autoridades penitenciárias exercem um forte controle sobre as pessoas sujeitas à sua custódia. Por isso, o Estado deve garantir a existência de condições adequadas para que a pessoa privada de liberdade desenvolva uma vida digna, assegurando-lhe o exercício dos direitos cuja restrição não é consequência necessária da privação de liberdade, conforme as regras características de uma sociedade democrática. A observância de regras no tratamento coletivo dos detidos dentro de um estabelecimento prisional não concede ao Estado, no exercício de sua faculdade de punir, o poder de limitar de forma injustificada a liberdade das pessoas de expressarem-se por qualquer meio e no idioma que escolham. A proibição adquire uma especial gravidade, já que o idioma materno representa um elemento de identidade. Os Estados devem levar em consideração os dados que diferenciam os membros de povos indígenas da população em geral, que conformam a identidade cultural daqueles. A língua é um dos mais importantes elementos de identidade de um povo, precisamente porque garante a expressão, difusão e transmissão de sua cultura.³⁰

É oportuno reiterar que a pessoa presa está com seu direito à liberdade cerceado, não existindo – nem podendo existir – a imposição de sanção que seja no sentido de coibir a pessoa de se expressar no idioma que desejar.

Ainda que a conversa seja entre duas pessoas que falam o idioma oficial do local, nem sempre elas saberão expressar tudo o que desejam nele, necessitando se apoiar na sua língua materna. Além disso, pode ser que um (ou mais) dos interlocutores da conversa não entendam o idioma local, de modo que seria absolutamente irrazoável proibir qualquer tipo de comunicação, para além das proibições já definidas em sua sentença condenatória ou em decisão que decretou o cerceamento provisório de sua liberdade.

1.8.4 A compensação das penas ilícitas

³⁰ TUDO DE PENAL. *Direito de se manifestar no seu próprio idioma*. Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/direito-de-se-manifestar-no-seu-proprio-idioma/> Recuperado em 23 dez. 2022.

A questão da pena ilícita será abordada em capítulo próprio para que seja possível entender seu conceito de forma mais aprofundada.

Já se adianta, porém, que este tema foi verificado pela Corte, recentemente, em duas situações envolvendo unidades prisionais brasileiras: Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), localizado no Rio de Janeiro, e Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco.

1.9 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Apesar dos Códigos Penais material e formal do Brasil terem sido escritos há mais de 80 anos, com bases dos textos legislativos da Itália de Mussolini, bem como a Lei de Execução Penal ter sido elaborada no final do período da ditadura brasileira, essas normas devem ser lidas através das lentes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De acordo com Pacelli (2021, p. 7), a Carta Magna mudou totalmente a visão autoritária do Código de Processo Penal, que funcionava como política pública de segurança pública.

Balico (2008, p. 9), ao fazer um apanhado sobre o constitucionalismo pós-positivista, explica que a Constituição não é apenas fonte ou origem das demais leis, mas, para além disso, regra que indica como as leis devem ser, além de afirmar que a “Constituição assegura a coexistência das liberdades”.

Assim, não há como legislar – ou interpretar algo já positivado – desconsiderando o que é dito pela Constituição Federal.

O mesmo autor (*idem*, p. 51) segue dizendo que “a ordem positivada de um Estado constitucional e Democrático de Direito só é legítima, válida e eficaz de estiver conforme o plexo de direitos constitucionalmente previstos”, além de afirmar que leis infraconstitucionais são consequências do sistema de valores adotados pela Carta Magna “que lhes serve de fundamento de validade e eficácia”.

A mesma linha de pensamento defende Rivera Beiras (2019, p. 88) ao explicar que:

a forma Estado Social e Democrático de Direito do ‘constitucionalismo social’ se molda no continente europeu com o final da Segunda Guerra Mundial e com o estabelecimento de uma série de princípios que haveriam de orientar a conformação e o funcionamento do sistema de justiça penal, jurisdicional e de execução e de proporcionalidade das penas: a abolição da pena de morte e da tortura, a finalidade ressocializadora atribuída às penas privativas de liberdade

e a consagração de um amplo catálogo de direitos fundamentais e garantias processuais para todos os cidadãos.

Ao se analisar a Constituição, são vistos os diversos princípios ali elencados, com o princípio da igualdade sendo topograficamente destacado no *caput* do artigo 5º, de forma que todos os outros direitos devam ser igualmente usufruídos por todas as pessoas (ainda que apenas na teoria).

Conforme lição de Mello (1981, p. 47) princípio:

(...) é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteleção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os incisos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil abordam direitos e garantias das pessoas presas. Outros tantos abordam direitos que, embora não sejam específicos para quem está em situação de prisão, também os contemplam.

São de interesse para as pessoas que estão presas, neste artigo que trata dos direitos e garantias fundamentais, entre outras, as seguintes previsões: a não obrigatoriedade de fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei (II); a vedação à submissão a tortura ou outra forma de tratamento desumano ou degradante (III) e a vedação a penas cruéis (XLVII, alínea e); que nenhuma pena passará da pessoa condenada (XLV); que seja assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (XLIX); e que a prisão ilegal será imediatamente relaxada (LXV).

Considerando a lição de Martins (2012, p. 438) ao definir a Execução Penal como

um ramo misto do direito penal e processual penal, porquanto contém normas materiais e processuais, em [que] nada se diferencia das outras áreas do direito, [deve-se] privilegiar os postulados principiológicos, pois a partir deles é que se deve interpretar todo o restante do arcabouço jurídico,

deve ser feita uma observação em relação a questão da diferença entre regras e princípios.

Há ao menos duas análises distintas que podem ser feitas entre regras e princípios, como trazido por Santos, abordando a questão da legalidade (2014, p. 64):

Sob uma distinção quantitativa entre regra e princípio – segundo a qual princípio seria a base de um sistema ou subsistema jurídico –, efetivamente é correto falar-se em princípio da legalidade, pois se trata de uma das mais

importantes normas não apenas do direito penal, mas do direito como um todo. Segundo uma distinção qualitativa – que considera a estrutura da norma jurídica –, porém, mais correto se falar em regra da legalidade.

Isso porque, pela análise qualitativa, princípios são mais flexíveis que regras, que são rígidas, pois entende-se que os primeiros podem ser ponderados e, por isso, satisfeitos em graus variados, enquanto as últimas são normas que são sempre satisfeitas ou não, nas palavras de Alexy (2014, p. 90).

Os incisos do artigo 5º da Constituição da República, no entanto, apesar de serem traduzidos como princípios (tal como o princípio da legalidade usado na explicação supra ou o princípio de intranscendência da pena, advindo do inciso XLV já mencionado), por serem alicerces do direito penal, base para o sistema que visa proteger o cidadão contra a força punitiva do Estado, devem funcionar como regras, de forma que não devam ser ponderados e desrespeitados, ainda que parcialmente.

Essas regras devem ser observadas para que o exercício de freios contra excesso de punições pelo Estado seja realizado, bem como para que outros valores consagrados na Constituição e nos demais tratados internacionais sejam respeitados.

Sobre esse tema, Souza (2011, p. 62) afirma que:

A aplicação do Garantismo à execução penal, dentro de uma visão bastante perfundária, seria a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais, extraíndo-se do campo formal, a materialidade necessária para o cumprimento do escopo.

É importante ter em mente o momento histórico em que parte significativa dos princípios que limitam o Direito Penal moderno se consolidou, conforme Semer (2014, p. 11): “Foi no Iluminismo, na reação aos monarcas absolutos, na ascendência da burguesia, no contexto em que viria a emergir a Revolução Francesa”.

Mendes e Martínez (2020, p. 153) dizem que, assim como a pessoa acusada no processo penal, a que cumpre pena não pode ser vista – e menos ainda tratada – “como um corpo objetificado ao dispor do Estado” e explicam que esta mudança paradigmática veio com o surgimento da Lei de Execução Penal “e efetivou-se (ao menos enquanto disposição) com a promulgação da Constituição Federal de 1988”.

Sem a pretensão de exaurir temática tão ampla e complexa, alguns dos princípios que fundamentam o direito penal como um todo e, por conseguinte, o processo de execução penal, serão pincelados abaixo:

1.9.1 Princípio da legalidade

Este princípio assegura que não haverá crime nem pena sem que lei anterior as defina.

Por exigir que seja lei anterior, nasce também o princípio da anterioridade. Não cabe, portanto, criar lei após o cometimento de determinado fato e, assim, passar a considerá-lo como crime, processando, julgando e condenando quem tinha praticado tal conduta enquanto ela era atípica. Da mesma maneira não se pode agravar uma pena anteriormente cominada a certa conduta e aplicar a pena mais severa para quem tinha praticado o fato na vigência da lei com a previsão de sanção menos gravosa.

Pensando na temática da execução da pena, também não se pode agravar a rigidez com que deva ser cumprida determinada após a data em que o ato foi praticado.

Assim, por exemplo, a mudança ocorrida, em março de 2007, na Lei 8.072/1990³¹ – que alterou o lapso temporal que deveria ser cumprido para que a pessoa apenada pudesse progredir de regime – não poderia ser aplicada para as execuções de pena por delitos ocorridos antes de 29 de março daquele ano.

Ao determinar que a lei deve definir a pena, o princípio da legalidade impõe que a lei seja escrita, sendo proibido o uso de costumes, ainda que por exigências do clamor social; estrita, de forma que não seja aberto espaço para analogias incriminadoras e certa, isto é, de entendimento fácil.

Tais determinações, no entanto, são balizas utilizadas para a proteção do cidadão contra o poder de punir do Estado, de forma que o uso de costumes ou analogia *in bonam partem* e mesmo a retroatividade de lei mais benéfica podem e devem ser usados se favorecerem a pessoa acusada.

Buch (2014, p. 25) explica os motivos do direito penal ter a função de garantidor da liberdade individual:

Pode-se afirmar que o direito penal é nada além de um sistema jurídico através de um papel limitador do poder do Estado e amparado precipuamente, não no Código Penal ou de Processo Penal, mas no artigo 5º da Constituição Federal. A pena não é considerada a única função do Direito Penal. Para além dela está a proteção do indivíduo em relação ao poder punitivo, especialmente através do princípio da reserva legal.

³¹ BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm Acesso em 29 jun. 2023.

Observa-se que apesar de o inciso constitucional determinar que não haverá pena sem lei anterior, deve-se interpretar “ pena” de uma maneira mais extensa, como “ sanção”, para incluir também medidas de segurança, como ensina Roig (2016, p. 39) e medidas socioeducativas.

As autoras Mendes e Martínez (2020, p. 160) trazem observação de Alexis Couto de Brito que explica que tanto o juízo como a autoridade administrativa atuarão na execução da pena e que ambos devem respeitar a lei para garantir direitos e distribuir direitos. Em razão deste princípio, portanto, “durante a condução administrativa da execução penal, ainda que os atos sejam discricionários, assim como em boa parte da função administrativa, deverão conter indicação de motivo e fundamentação por parte do(a) servidor(a) que os pratica.”

Assim, é inegável que o princípio da legalidade, em todos os seus aspectos, deve ser aplicado também na fase do cumprimento da sanção criminal e não apenas durante o processo de conhecimento.

1.9.2 Princípio da isonomia

Também chamado de princípio da igualdade, pode confundir aquele que acredita se tratar de uma igualdade meramente formal.

Esse princípio, na verdade, busca a igualdade material, que será alcançada ao reconhecer as diferenças entre as pessoas e endereçar o tratamento apropriado para cada situação concreta.

A igualdade perante a lei penal não é algo tão simples a ponto de apenas aplicar “a mesma lei ao mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime”, como explicado por Silva (2008, p. 78).

Mesmo na seara penal, as características diferenciadoras devem ser levadas em conta para que tratamento desigual seja dado aos desiguais, ao passo que os iguais receberão tratamentos idênticos.

O que se vê com frequência na execução penal, apesar disso, é algo já constatado por Silva: “as condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia, assegurado a todos pela Constituição” (*idem*, p.78).

Ao explicar o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, Sarlet (2015, p. 217) diz que “todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais”. O autor não fecha os olhos para as diferenças que devem ser consideradas.

Essas diferenças, no entanto, devem ser analisadas pelo viés explicado pelo autor Mello (1995, p. 11) ao responder o questionamento “que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade facilita a discriminação de situações e pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?” Para ele, para que o princípio da isonomia não seja desrespeitado, deve-se observar “aquilo que é adotado como critério discriminatório”, bem como “se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada” (*idem*, p. 21).

Alguns exemplos de tratamento desigual pela lei são trazidos por Mendes e Martínez (2020, p. 162), que recordam que “a forma de cumprimento das penas deverá ocorrer em estabelecimentos distintos, a depender da natureza do delito, a idade e o sexo do(a) apenado(a)” e exemplificam um outro direito de tratamento diferenciado para as mulheres em prisão que são mães, já que o art. 5º, L, da Constituição Federal lhes garante condições adequadas para que possam exercer o direito de permanecer com sua prole durante a fase de amamentação.

As autoras ainda reforçam a crítica do sistema penal seletivo asseverando que

não há como se vislumbrar igualdade material em um sistema penal marcador de corpos negros, pobres e jovens, portanto, qualquer perspectiva de atuação que seja indiferente à raça, classe e gênero, em verdade, trata por firmar um cárcere que tem como função a segregação dos(as) mais marginalizados(as) desde de antes do primeiro pé posto nas mazmorras do presídio.

Outra crítica a respeito da falta de tratamento isonômico pode ser encontrada ao se analisar a situação de sobreviventes do cárcere, isto é, pessoas que saem do sistema prisional e que, mesmo após terminarem de cumprir completamente suas reprimendas, ainda são etiquetadas e tratadas como se ainda estivessem em dívida com a sociedade.

Ao discorrer sobre a população carcerária dos Estados Unidos, mas de uma maneira que se aproxima com a realidade brasileira, Alexander (2017, p. 152) diz que “é o emblema da inferioridade – o registro de delinquente – que relega as pessoas à condição de segunda classe pelo resto da vida”, o que acaba dificultando alcançar o objetivo de

reintegrar o sujeito à sociedade, pois ele não será parte integrada da sociedade se tratado eternamente de forma desigual.

Alexander (*idem*, p. 153) adiciona que

reduzir a quantidade de tempo que as pessoas passam atrás das grades – eliminando as duras sentenças mínimas obrigatórias – aliviará alguns dos sofrimentos desnecessários causados por esse sistema, mas não perturbará o circuito fechado. Esses delinquentes rotulados continuarão a entrar e sair das prisões, sujeitos à vigilância perpétua pela polícia e incapazes de se integrar à sociedade e à economia. A menos que o número de pessoas que recebem o rótulo de criminosos seja drasticamente reduzido e a menos que as leis e as políticas que mantêm ex-criminosos à margem da sociedade e da economia sejam eliminadas, o sistema continuará a criar e a manter uma enorme subcasta.

Percebe-se, então, que ainda que algumas unidades prisionais e/ou comarcas trabalhem de forma árdua para conquistar a chamada ressocialização da pessoa condenada, tudo será em vão se a sociedade, do lado de fora das prisões, continuar tratando sobreviventes do cárcere como pessoas “de segunda classe”.

Cacicedo (2018, p. 428) mostra como as pessoas presas no Brasil também são desconsideradas, ao afirmar que “a única categoria de pessoas que não pode pleitear jurisdicionalmente por determinados direitos é a população prisional, confirmando nos tribunais a situação de cidadãos de segunda categoria que a realidade nunca deixou esconder”.

Na linha do entendimento de Alexander é escrito por Ramalho (1979, p. 16) sobre a importância do trabalho na prisão, pois entendido como algo ligado à recuperação para a população presa. O autor complementa dizendo que

A noção de recuperação leva por um lado à lógica do livre arbítrio, da “força de vontade”, do “esforço pessoal”. Isto se dá quando o preso se pensa dentro da prisão. Através dessa lógica obscurecem-se as situações decorrentes de classe que determinam estruturalmente suas condições de existência na sociedade.

Quando, no entanto, os presos pensam na recuperação para fora da prisão, sua percepção lhes denuncia instituições tais como a justiça³², o governo, a polícia, como mecanismos que desempenham função oposta àquelas a que se propõem. Na verdade, como fica explícito em algumas entrevistas, os presos conseguem perceber que, estranhamente, estes mecanismos têm servido para manter o círculo no qual o delinquente desempenha papel fundamental.

Ainda sobre as dificuldades encontradas pela pessoa sobrevivente do cárcere, justamente em razão deste desrespeito ao princípio da isonomia, Valois (2015, p. 48)

³² O autor explica, em outro trecho do livro (p. 120), que “justiça” para a população presa é o “Poder Judiciário”.

afirma que as pessoas que criticam presos que participam de cultos religiosos por estarem fingindo parecer recuperados estão enganadas, adicionando que

muitas vezes o preso mantém a ideia fixa de seguir uma vida religiosa, participa dos eventos religiosos, reza, mantém um ótimo comportamento, mas a prisão é outro ambiente, não imita a vida em liberdade, restringe a reflexão, e, quando o mesmo preso se vê livre, quando abrem a jaula, não consegue mais pensar como antes, precisa adaptar as suas novas dificuldades - que serão muitas - à situação difícil de viver em liberdade sendo um ex-detento sem qualquer apoio do Estado.

E, também reforçando essa ideia de violação de isonomia que resulta em uma estigmatização eterna, discorre Silva (1991, p. 19):

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativeiro das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais, não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinqüentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de presos ou condenados.

O que se nota, então, é que a mesma violação ao princípio da isonomia que se vê em países como os Estados Unidos, como mencionado por Alexander e ilustrado no documentário “A 13^a Emenda”³³, também ocorre no Brasil, como mencionado tanto em textos escritos tanto durante a época da Ditadura Militar, como no início do processo da redemocratização como nos últimos anos.

1.9.3 Princípio da individualização da pena

Outro princípio consagrado no artigo 5º da Carta Maior, em seu inciso XLVI, determina que a sanção penal deve ser justa e adequada, não só em relação ao seu *quantum*, mas também ao perfil e às consequências que recairão sobre a pessoa que cumprirá a pena, de forma que ela seja considerada como indivíduo único e não em conjunto com os demais presos, como explica Martins (2012, p. 452).

Sendo assim, tal princípio não deve ser aplicado tão somente no momento da dosimetria da pena, mas deve-se estender até o término de seu cumprimento.

³³ Título original: “13th”. Direção: Ava DuVernay. Los Angeles: Kandoo Films, 2016. Netflix (100 min)

Diferentemente da primeira situação, em que a sanção será dosada de acordo com o ato cometido e levando em consideração os aspectos definidos no artigo 59 do Código Penal, incluindo as circunstâncias e consequências do crime, o que acarreta, de forma bastante criticável, em decisões sendo agravadas por motivos de clamor social, Barros (2001, p. 21) afirma que “a individualização da pena na execução penal deve ter em vista apenas o sentenciado, jamais os anseios sociais.”

E, ainda, considerando que uma das supostas finalidades da sanção penal é fazer com o indivíduo preso seja ressocializado, apesar de retirado do local onde tinha e voltará a ter seu convívio social, a execução individualizada deve, ao menos, “propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível”, como também colocado por Barros (*idem*, p. 23) ou, em termos similares colocado por Semer (2014, p. 97): “à execução incumbe a tarefa de proporcionar condições para essa reintegração e evitar, o tanto quanto possível, a dessocialização, em especial pelo alto fator criminógeno das prisões”.

Nota-se que a observação de Barros, já neste século, vai na mesma linha do que já havia sido defendido no século XIX por Arenal (1895, p. 290): uma pena que não humilhe a pessoa presa, “porque desde o momento em que [ela] se torna objeto de desprezo, difícil será que não seja desprezível”, indicando que há muito tempo já se procura aplicar uma sanção em seus exatos limites para auxiliar que o retorno à sociedade se dê da melhor forma possível ou, ao menos, que a pessoa não saia do sistema piorada.

Semer prossegue explicando que

ofende o princípio da individualização da pena o tratamento que desconsidera o condenado em suas circunstâncias pessoais (como a promiscuidade entre criminosos de delitos de diversas gravidades), que viola a igualdade (conferindo diferenças de tratamento para situações iguais ou negando-as para situações desiguais, como na ausência de cuidados especiais com as mulheres encarceradas), que descumpre a obrigação de oferecer oportunidades de trabalho ou estudo e, principalmente, que estipula vedação legal ou judicialmente desmotivada da progressão de regime (*ibidem*).

Para Mendes e Martínez (2020, p. 163), não basta aplicar este princípio apenas com a classificação da pessoa presa para fins de tratamento penitenciário, mas ele “significa também a vedação de normas genéricas relativas à figura abstrata do delitivo” e elas apontam que as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019³⁴, que serão identificadas

³⁴ BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 29 jun. 2023.

em tópico próprio, são de “cristalina ofensa ao princípio da individualização da pena, pretendendo marcar alguns indivíduos como ‘perigosos’ e ‘inimigos’ da sociedade e do Estado”.

Um dos exemplos mencionados por elas (*idem*, p. 185) que viola este princípio é a consideração do crime em abstrato pelo qual a pessoa foi condenada para a vedação de direitos como livramento condicional e saída temporária. Nesse ponto, elas sublinham que

o Pacote Anticrime buscou ressuscitar a inspiração punitivista *a la* Direito Penal do Inimigo, que orientou a criação da Lei de Crimes Hediondos. Entendemos que estamos diante de mais uma burla ao direito à individualização da pena, consagrado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVI e aos preceitos de ressocialização estabelecidos na Lei de Execução Penal.

Se nem mesmo no processo de conhecimento, que se debruça acerca do fato delitivo, o crime pode ser considerado em sua forma abstrata no momento da dosimetria da pena, incluindo a fixação do regime inicial, menos sentido se tem, portanto, em fazer referência genérica ao tipo penal para fins de aferição de direitos em fase de execução penal.

Ora, uns dos crimes mais graves que se vem à mente são os que atentam contra a vida humana. Seria possível, no entanto, considerar todo tipo de homicídio de forma genérica, sem individualizar cada caso? Tratar um homicídio culposo da mesma forma que um doloso?

Ainda que se tratem, por exemplo, de dois homicídios qualificados – hediondos, portanto, – por recurso que tenha dificultado a defesa da vítima. Se um deles é cometido porque a vítima pisou no pé do autor, que sempre faz uso de violência quando se sente contrariado, e o outro é cometido por um enteado que nunca se envolve em confusão, mas que via sua própria mãe ser constantemente humilhada pelo padrasto, notando a escalada da violência a qual a mãe era submetida e temendo por sua morte (ainda que não seja considerado pelo júri popular como uma legítima defesa ou como um privilégio, em razão da ausência de atualidade ou indícios de perigo real), seria possível, abstratamente, considerar ambos como iguais para fins de análise de direitos da execução?

Se o primeiro autor seguir com comportamento violento no cárcere que justifique o registro de faltas disciplinares, aí estará a razão para que, individualmente analisando, não se conceda sua progressão de regime. Se o segundo autor mantiver seu

comportamento de outrora, pacífico, cumprindo as determinações da LEP³⁵ e sendo obediente às normas da unidade prisional, sua análise individual deve permitir que ele possa ter direitos como à progressão de regime assim como uma pessoa que tenha praticado um crime de furto – com a diferença, no entanto, que aquele demorará mais para alcançar o requisito objetivo, já que sua pena será quantificada maior do que a deste, além de ser necessário o cumprimento de fração da pena também maior.

Evidentemente, se os papéis se inverterem durante o cumprimento da pena e o primeiro autor que praticava violência gratuita se demonstrar “ressocializado”, isto é, obediente às regras impostas, ao passo que o segundo autor – ou mesmo o condenado pelo furto – não cumprir às ordens dos agentes e cometer faltas previstas na LEP, então, seu requisito subjetivo ficará prejudicado, de modo que eventual progressão ou livramento condicional tardará mais para ser alcançado.

No entanto, como já mencionado, muito além de olhar a individualização do fato criminoso, na execução penal deve-se analisar, de forma individualizada, como cada pessoa cumpre a pena que lhe foi imposta.

1.9.4 Princípio da intranscendência da pena

Apesar de não aparecer na Constituição Federal com este nome, ele está no já mencionado inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, de maneira que, “ao contrário do ocorrido no direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco”, como ensina Luisi (2003, p. 51), sendo excetuadas apenas consequências financeiras, que podem atingir os sucessores, no limite do valor do patrimônio transferido.

É uma “norma constitucional de eficácia plena no tocante à personalização da pena no sujeito autor do fato”, como colocado por Venâncio (2011, p. 97), isto é, não é algo que o Estado deve ter como meta futura, para que familiares e outras pessoas deixem, em algum momento eventual, de ser afetadas em razão da pena cumprida pela pessoa condenada, mas sim como algo a ser cumprido desde sempre.

Nucci (2009, p. 43) explica que se o princípio foi criado para “evitar os males do passado, quando o Estado considerava eficaz a punição de parentes e amigos do

³⁵ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 17 jul. 2021.

criminoso, especialmente quando este fugia ou morria antes de expiar a pena a ele reservada”, isto é, para não fazer com que a família do condenado o substituisse no cárcere, hoje ele deve ser visto de uma maneira muito mais abrangente.

Não basta que o Estado respeite esta regra constitucional e não prenda o parente da pessoa condenada caso ela morra antes de terminar de cumprir sua pena. O Estado também deve atuar de forma ativa para que a pena seja apenas cumprida pela pessoa sentenciada, ou seja,

o princípio da intranscendência da pena não se restringe apenas a um dever do Estado consubstanciado num *non facere*. Vai além, portanto, de impor aos seus agentes que os efeitos da pena não devem se estender para além da pessoa do condenado, mas muito mais que isso, identifica-se que do Estado é exigida uma nova leitura e prática dos princípios constitucionais e, no particular da personalidade da pena, o que se exige é de fato um *facere*, caracterizado pela adoção de condutas voltadas à minimização dos efeitos da pena sobre terceiros, não envolvidos com a prática delituosa, o que significa em última análise dar eficácia plena e real à intranscendência da pena. (VENÂNCIO, 2011, p. 103)

Há outros artigos da Constituição Federal que falam sobre a família, como o artigo 226 que indica que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A interpretação mais adequada que devemos fazer deste dispositivo, considerando o princípio da dignidade humana, norteador da Constituição Cidadã, deve buscar proteger não somente a família propriamente dita, “mas tudo que esteja relacionado ao desenvolvimento das pessoas que a integram, sem modelos rígidos e preconcebidos”, nas palavras de Ferraz (2012, p. 116).

Assim, nota-se que a pessoa em cumprimento de pena é a única que deve sofrer as consequências de sua privação de liberdade, de forma que outras pessoas de seu círculo familiar e social não deveriam arcar com as consequências do encarceramento de seu ente querido.

Entendendo ser um princípio inatingível, Mendes e Martínez (2020, p. 165) afirmam “que, de alguma forma há sempre outras pessoas afetadas pela pena” e, por isso, elas preferem chamá-lo de princípio da transcendência mínima, “pois não há como entender que os familiares que visitam seus entes queridos nos presídios estariam blindados de qualquer efeito danoso do sistema prisional.” Adiciona-se, no entanto, que não são apenas afetadas pessoas que entram nos presídios, mas também as que têm seu vínculo com a pessoa presa suspenso por não poder – por qualquer razão – visitá-la ali ou mesmo as que antes dependiam financeiramente delas e agora veem sua subsistência comprometida.

Especificamente em relação às penas que acabam sendo também cumpridas pelas pessoas que fazem as visitas nos estabelecimentos prisionais, as autoras dizem que

em nome da transcendência mínima da pena, deveria ser realizada não a revista na pessoa que visita, e sim a revista (não vexatória) na própria pessoa presa, quando retornasse para galeria ou cela. Entretanto, o que ainda ocorre nos presídios brasileiros, são revistas vexatórias, humilhantes e invasivas aos visitantes, em especial às mulheres, configurando um cenário de constante violação da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X). Entendemos, assim, do lado daqueles(as) que raramente formam maioria, mas ainda assim preferem quedar-se ao lado que garanta a concretização do texto constitucional, que toda apreensão obtida durante a revista íntima deve ser considerada prova obtida por meios ilícitos, por força do artigo 5º, LVI, da CF (*ibidem*).

A questão das revistas vexatórias já foi objeto de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁶ que determinou, em 2014, que o Brasil adotasse, de forma imediata, medidas para “eliminar a prática de revistas humilhantes que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes”.

Tamanha a violência que pode ser usada nessas revistas íntimas, há quem chame tal situação de “estupro estatal”, como reproduzido no acórdão de apelação que tramitou na 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁷, em que o desembargador relator Soto assim fundamentou seu voto, para absolver a apelante:

Questiona-se a legalidade do ato de realizar a revista íntima, ou revista vexatória, como assinalam os críticos. E, de fato, não vejo como compactuar com esta nefasta prática.

Diversos artigos de jornais vêm denunciando o ‘estupro estatal’ realizado nos presídios brasileiros e sua completa ineficácia para coibir a entrada de drogas e armas.

A prática de despir as visitantes e fazê-las abaixar perante um espelho como condição de visitar os seus familiares presos é aviltante e não pode ser tolerada em um Estado Democrático de Direito, ante a completa violação à Dignidade da Pessoa Humana.

E nesse sentido, a Lei Paulista nº 15.552/2014 estabeleceu a proibição da ‘revista vexatória’ aos visitantes de unidades prisionais, sem estabelecer qualquer ressalva.

Passados mais de nove anos da promulgação da referida lei, esse estupro estatal segue em andamento, sendo debatida no Supremo Tribunal Federal (STF) a (i)licitude de provas obtidas por meio das revistas vexatórias³⁸.

³⁶ CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de maio de 2014*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Completo Penitenciário de Curado. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf, acesso em 24 jun. 2021.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Autos de Prisão em Flagrante – Procedimento Especial da Lei Antitóxicos nº 0001660-41.2016.8.26.0625*, fls. 298. Relator: Amable Lopez Soto. Julg. 09 de maio de 2018. Disponível em: portal e-saj.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 959.620 (número único: 0046003-68.2011.8.21.0001). Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Com o julgamento ainda não finalizado, o voto do relator ministro Luiz Edson Fachin foi no sentido da constitucionalidade das revistas vexatórias, por tal prática representar tratamento desumano e degradante. Seu voto foi acompanhado pela ministra Rosa Weber e pelo ministro Barroso.

Em outubro de 2020, o ministro Alexandre de Moraes abriu divergência, afirmando que a revista “é invasiva, mas não é automaticamente sempre ilícita, vexatória e degradante”. Após vista dos autos, o ministro Dias Toffoli acompanhou o voto divergente e novo pedido de vista foi feito pelo ministro Nunes Marques, em 18 de junho de 2021.

O julgamento voltou ao plenário virtual na semana que encerraria em 19 de maio de 2023, depois de quase dois anos do pedido de vista do ministro que também divergiu do relator. No plenário virtual, após um equívoco do ministro André Mendonça que accidentalmente colocou no sistema que acompanhava o relator, se corrigindo logo em seguida, o placar estava com quatro votos divergentes do relator e quatro votos que concordavam com a constitucionalidade da revista, ocasião em que o ministro Gilmar Mendes fez o pedido de destaque para levar, mais uma vez, o debate para o plenário físico, de modo que o assunto segue sem uma resposta, até o presente momento.

Enquanto isso, mulheres, crianças, idosas, doentes, seguem sendo obrigadas a se despir na frente de pessoas estranhas, agachar e tossir, em uma situação mais humilhante que um exame ginecológico rotineiro.

A situação é potencialmente ainda mais gravosa quando se ouve relatos de coletivos de direitos humanos, que estão em contato permanente com familiares de pessoas em prisão, de que algumas carceragens supostamente possuem câmeras de segurança no local em que as revistas são realizadas, sem que haja conhecimento de que essas supostas câmeras sejam reais ou não, qual ângulo da sala tem imagens capturadas e se tais imagens são gravadas e como e por quem são vistas, arquivadas, manuseadas ou se há algum tipo de compartilhamento³⁹.

Alguns dizem que ninguém é obrigada a se submeter a revista, que só fazem esses agachamentos desnudas as mulheres que concordam com isso. Se a discordância significa não visitar seu filho, seu esposo, seu pai, existe uma escolha genuína? As duas

Reclamado: Salete Suzana Ajardo da Silva. Relator: Min. Edson Fachin. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4956054> Acesso em 24 jun. 2021.

³⁹ Relato ouvido em reunião de coletivo de direitos humanos, realizada em Manaus, em 07 jan. 2023.

alternativas são contrárias aos dispositivos constitucionais que também protegem o vínculo familiar e que proíbem que a pena passe da pessoa condenada.

1.9.5 Princípio da humanidade da pena

Oliveira (1984, p. 23) explica que foi na parte final do século XVIII que “o suplício das penas apresentava-se odioso e intolerável”, momento em que surgiu um movimento buscando a moderação das punições. A autora cita diversos estudiosos que contribuíram naquele período, dando destaque para a famosa obra “Dos delitos e das penas” de Bonesana, que trouxe princípios que “renovaram e abrandaram o sistema penal, despertando a consciência pública contra as vergonhosas atrocidades do suplício”, talvez inspirados na obra de ficção escrita, em 1516, por Morus, em que a pena capital foi abolida na ilha de Utopia, já que a morte não era a solução possível, até mesmo porque “Deus proibiu que qualquer um fosse morte, então [o Estado] tão facilmente [mata] por causa de uns trocadilhos roubados?” (2016, p. 30).

Nas palavras de Semer (2014, p. 81), este princípio – encontrado na Constituição brasileira em pelo menos dois momentos: nos incisos III e XLVII do artigo 5º, quando ela veda tratamento desumano ou degradante e proíbe penas de morte, de caráter perpétuo e cruéis – é o “que melhor distingue, simbolicamente, a ruptura do iluminismo penal com o terror absolutista que o antecedera”.

Semer é mais um dos autores que mostra a gritante diferença do ser e dever ser no âmbito penal e diz que “a ideia de que a Constituição é suficiente para impedir o tratamento degradante e o desumano nas detenções, prisões provisórias ou cumprimentos de pena, no entanto, é nada mais do que simbólica” (*idem*, p. 84), prosseguindo afirmando que “a mais persistente violação ainda é a tortura”. Quem se junta ao coro para apontar o abismo entre a teoria e a prática é Rivera Beiras (2019, p. 88) afirmando que “apesar do plano prescritivo, no puramente descritivo a realidade da prisão habita uma dimensão muito distante”, adicionando que esta distância entre a ‘prisão legal’ e a ‘prisão real’ “é uma distância que qualifica também a qualidade de um sistema democrático”.

De igual maneira, Buch (2014, p. 23) afirma que “a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais previstos na Constituição como cláusulas de eternidade não são respeitados” e prossegue trazendo citação de Negreiros:

A violência a que é submetido o preso passa despercebida pela maior parte da população e, quando notada, é muitas vezes festejada e incentivada pela comunidade, sendo executada por alguns agentes públicos corruptos e não familiarizados com o fato de que a dignidade humana é inerente a todo e qualquer ser humano.

Genelhú ecoa a afirmação de que há um grande abismo entre teoria e prática e afirma que o distanciamento entre o que se promete e se realiza mata pessoas (2021, informação verbal).

Para Mendes e Martínez (2020, p. 10), o princípio da humanidade deve ser entendido como escudo contra o retrocesso humanizador penal, fazendo com que leis “ampliativa ou concessiva de direitos e garantias individuais em matéria de execução penal se torne imune a retrocessos tendentes a prejudicar a humanidade das penas”, considerando, também, as medidas de segurança.

Elas ainda afirmam que

o Estado possui um maior dever em resguardar e assegurar os direitos fundamentais das pessoas presas, visto que estas estão sob sua tutela. Portanto, em um Estado Democrático de Direito, ainda que a mídia, o discurso de autoridades políticas e parte da sociedade, professem palavras que chocam com qualquer exercício de cidadania dentro dos presídios, a observância ao tratamento digno à pessoa humana deve ser pilar para o cumprimento de pena que se pretenda reduzir os efeitos danosos à psique humana durante longos dias e noites isolados da sociedade. (*idem*, p. 163)

Ao se pensar, em conjunto, as normas constitucionais que fundamentam o princípio da humanidade da pena, como o respeito à dignidade humana, esculpido em seu artigo inaugural, os já mencionados incisos III e XLVII do artigo 5º, bem como o inciso XLIX, que determina que o Estado assegure a integridade física e moral da população em prisão, além de artigos que versam sobre o direito à saúde (como o 6º e o 196), outro instituto que surge é o bastante trabalhado por Roig (2014, p. 108) princípio, ou sistema organizacional, *numerus clausus* (número fechado ou capacidade prisional taxativa): “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”.

Roig segue explicando que a ideia do *numerus clausus* não é a criação de novas vagas no sistema, mas sim que busca reduzir a população carcerária.

Mais à frente em seu texto (*idem*, p. 110), Roig exemplifica um caso em que o Tribunal da Alemanha entendeu ser necessário interromper a execução de pena de um preso mantido por cerca de cinco meses em um “estado de reclusão desumano” – confinamento por 23 horas por dia, em uma cela de 8m², com outras pessoas e sem

divisória entre sanitário e leito. Para aquela Corte, “a tutela da dignidade humana é pressuposto irrenunciável de toda e qualquer detenção, até mesmo a ponto de ensejar a interrupção da execução penal”. O direito à dignidade é maior que o “direito” que o Estado tem de punir alguém. Assim, sem respeitar aquele, não há como exercer este.

Para Roig, esta é uma aplicação do *numerus clausus* porque “não existindo vaga suficiente para abrigar com dignidade os presos, não se pode dar seguimento à execução penal.”

Nos primeiros anos escolares, aprende-se que um dos aspectos que diferencia o ser humano de outros animais é a capacidade de raciocinar daqueles. Assim, se animais mantidos em cativeiros talvez não consigam ter uma real dimensão da violação que estão sofrendo, os seres humanos sabem disso, ainda que não conheçam a letra da lei que lhes garanta tais direitos.

E como esses seres humanos percebem que a superlotação agrava exponencialmente tais violações, se o Estado não atua para eliminar (ou reduzir o problema), é possível que essa solução seja buscada de forma paralela, como demonstrado por Adorno (1998, p. 1017):

No Brasil, contudo, em face das condições de existência dominantes nas prisões, a perda da liberdade determinada pela sanção judiciária pode significar, como não raro significa, a perda do direito à vida e a submissão a regras arbitrárias de convivência coletiva, que não excluem maus tratos, espancamentos, torturas, humilhações, a par do ambiente físico e social degradado e degradante que constrange os tutelados pela justiça criminal à desumanização.⁴⁰

Adorno (*idem*, p. 1018) traz dados obtidos no “Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil”, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1997, que apontam que, no 3º Distrito Policial da capital paulista, “em um espaço de 12m², ‘destinado a alojar seis presos, se alimentavam e dormiam, sem leitos, nem qualquer comodidade por mínima que fosse, muitas vezes sentados ou de pé por falta de espaço, quase 20 presos’”.

Roig (2014, p. 114) sugere, então, o uso desse sistema organizacional, de três maneiras distintas, cumulativamente ou não, para que a superlotação seja lidada de

⁴⁰ É interessante notar que esta problemática social é refletida em obras da cultura popular, como na canção lançada em 1998 pelo artista Gabriel, o Pensador, chamada “Cachimbo da paz”. Um dos seus trechos traz os seguintes versos: “Na penitenciária, o ‘índio fora da lei’ conheceu os criminosos de verdade. Entrando, saindo e voltando cada vez mais perigosos pra sociedade. ‘Aí, cumpádi, ‘tá rolando um sorteio na prisão pra reduzir a superlotação’. Todo mês alguns presos têm que ser executados e o índio dessa vez foi um dos sorteados”.

maneira regularizada pelo Estado, e não de uma forma aleatória e ilegal pela própria população em prisão: *numerus clausus* preventivo, direto e progressivo.

No primeiro caso, as condenações não seriam cumpridas em unidades prisionais, mas sim em prisão domiciliar, enquanto a pessoa aguarda em uma espécie de lista de espera a vaga em unidade adequada, com o tempo de espera sendo computado como pena cumprida. Nas palavras de Roig (*ibidem*):

não se mostra razoável a mera suspensão da execução, considerando que o indivíduo não pode permanecer indefinidamente à mercê da disponibilidade do Estado, fato este que traria clara insegurança jurídica. Daí a defesa da possibilidade de conversão do encarceramento em prisão domiciliar, com o consequente cômputo de todo o período de espera.

Ele menciona uma alternativa, anotando que ela é merecedora de amplo debate, que seria sobrestrar o início da execução penal até que haja o surgimento de vaga. No entanto, percebe-se que aí se estaria diante da insegurança jurídica por ele mencionada e, ainda, com o risco de dano irreparável ao projeto de vida⁴¹.

Saber que há uma condenação ao seu desfavor, mas sem ter a ideia de quando ela será executada pode obstar os planos de constituir família, caso a pessoa entenda melhor terminar de cumprir a pena antes de se tornar mãe ou pai. Se essa pena demorar para ser executada, o relógio biológico já pode estar demasiado avançado e impossibilitar eventual sonho de gestação. Ou a pessoa pode batalhar para ser bem colocada no mercado de trabalho e logo que começa a trabalhar em seu “emprego dos sonhos” tem que pedir demissão para cumprir sua pena. Ela conseguirá voltar ao seu “emprego de sonhos” depois de cumprida sua pena?

Parece ser mais justo que a execução da pena se dê logo que transitar em julgado a condenação, ainda que em regime domiciliar, na ausência de estabelecimento adequado (em respeito à Súmula Vinculante 56 do STF), para ter um norte de quando será o término de sua pena e conseguir planejar sua vida nesses termos.

Já no caso do *numerus clausus* direto, Roig (*idem*, p. 115) sublinha a importância do indulto como “instrumento de política criminal e de gerenciamento técnico-jurídico de superlotação”. Para ele, seria possível até mesmo prever porcentagens diferentes de

⁴¹ Reconhecido pela primeira vez pela Corte IDH no caso Loayza Tamayo vs. Peru, o tribunal explicou que o projeto de vida “se associa ao conceito de realização pessoal, que por sua vez se sustenta nas opções que o sujeito tem para conduzir sua vida e alcançar o destino que se propõe”. Caio Paiva e Thimotie Heeman (2020, p. 69) explicam o dano ao projeto de vida a situação de grave violação de direitos humanos que impede a pessoa de executar projetos de vida que havia planejado, exemplificando com “uma prisão ilegal prolongada por anos, em condições degradantes, que tenha interrompido ou prejudicado gravemente a pessoa na consecução do seu projeto de vida, retirando-a do mercado de trabalho, de estudos universitários e/ou de perto da criação dos seus filhos.”

pessoas a serem indultadas em cada estado, considerando as pessoas mais próximas de atingir o livramento condicional. O autor diz que a prisão domiciliar também pode ser usada para este aspecto do *numerus clausus*.

Finalmente no terceiro aspecto, o progressivo, seria uma antecipação, em cascata, das progressões de regime: para uma nova entrada no regime fechado, progride-se alguém dali para o semiaberto que, por sua vez, tem alguém daquele regime promovido ao regime aberto que sai deste último regime para uma espécie de “livramento condicional especial”.

Percebe-se, com isso, que o princípio da humanidade da pena busca garantir o que a Constituição brasileira assegura para todos os seus cidadãos, que é o respeito da dignidade humana, direito que não é possível de ser suspenso ou cerceado por nenhuma sentença condenatória.

O adequado uso deste princípio pode auxiliar que o sistema prisional entre em um círculo virtuoso, garantindo saídas antecipadas para algumas pessoas, pelos critérios acima expostos, por exemplo, enquanto garantem que as pessoas que ali estão encarceradas não tenham que dividir o pequeno espaço das celas e áreas comuns com um número excessivo de pessoas.

1.9.6 Princípio da razoável duração do processo de execução penal

Mendes e Martínez (2020, p. 168) explicam que o princípio da celeridade, expresso no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos também deve ser aplicado nos processos de execução penal, e não apenas nos de conhecimento.

Elas sublinham que

a duração razoável da análise dos pedidos e direitos no curso da execução devem ser ainda mais respeitados, porque estamos diante não apenas de um processo que se estende no curso do tempo, mas sim de uma pessoa que permanece um, dois, três dias/meses/anos, sem sequer saber se sua liberdade está próxima ou não. A angústia não é só de esperar, vez que nunca dentro das superlotadas cadeias brasileiras um dia é “só” mais um dia: “eu sei porque estou aqui, mas não sei porque ainda estou aqui” (preso anônimo).

King Jr, em carta escrita há sessenta anos, menciona que justiça tardia é justiça negada⁴² (1963, p. 11/13) complementando que acredita ser mais fácil para quem não

⁴² Tradução livre do original: “*justice too long delayed is justice denied*”.

conhece a dor da segregação dizer “espere”⁴³. Ainda que a segregação referida por King Jr. não tenha sido especificamente a resultante da prisão, a mesma lógica pode ser aplicada nesta situação.

Sabe-se que este princípio deve reger todos os processos judiciais, não apenas os da área criminal.

No entanto, se um processo em que o objeto da lide seja uma prestação financeira se perdurar no tempo, a parte vencedora poderá, ao menos em tese, executar o valor devido com as correspondentes atualizações. Em um processo em que a liberdade é cerceada no decorrer do tempo, no entanto, não há possibilidade, nem mesmo em tese, de que o Estado possa ressarcir eventual tempo a mais que a pessoa tenha permanecido com sua liberdade mais restrita do que o necessário.

1.9.7 Princípio da fraternidade

Inspirado no preâmbulo⁴⁴ da Constituição Federal e em seu terceiro artigo⁴⁵, o princípio da fraternidade aparece em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça em matéria de execução penal, como no recurso em *habeas corpus* 113.084 de Pernambuco⁴⁶.

Em decisão publicada em 08 de outubro de 2019, por exemplo, o ministro Fonseca afirma “ser possível se inferir que as inovações trazidas pelo novo regramento podem ser aplicadas também à fase da execução da pena”, analisando o ordenamento “à luz do constitucionalismo fraterno”.

⁴³ Tradução livre do original: “I guess it is easy for those who have never felt the stinging facts of segregation to say, ‘Wait’.”

⁴⁴ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁴⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso em Habeas Corpus 113.084/PE. 5^a Turma. Recorrente: Simone Maria da Conceição. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julg. 02/10/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901435086&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 29 jun. 2023.

O ministro segue explicando que

- a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;
- b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na Constituição Federal, em especial no seu art. 3º, bem como no seu preâmbulo;
- c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos Direitos Humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal.

Com isso, tem-se que as normativas devem ser interpretadas de modo a alcançar os objetivos traçados na Carta Magna, isto é, buscando sempre erradicar – ou trazer ao menor patamar possível – a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Note-se que esse princípio é aplicado de uma forma muito mais direta, na execução penal, do que no processo criminal de conhecimento. Neste, o conflito é, geralmente, entre o Estado (ente abstrato) e a pessoa acusada e não se espera nem se permite a participação de pessoas estranhas ao conflito no processo (ainda que eventualmente seja feito uso de testemunhas de bons antecedentes).

No processo de execução, por sua vez, há uma determinação legal para que o Estado recorra “à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”, como colocado no artigo 4º da Lei de Execução Penal.

1.9.8 Constituição do Estado do Amazonas

Além da Constituição Federal, os constituintes estaduais também trouxeram garantias para as pessoas presas nas Cartas Maiores estaduais, como o já mencionado artigo da Constituição paulista que exige o direito ao respeito às Regras de Mandela.

Considerando que os exemplos práticos que serão trazidos mais à frente são do Estado do Amazonas, faz-se necessário observar que a Constituição amazonense⁴⁷ determina que:

Art. 3.º O Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República.

(...)

§ 11. O sistema penitenciário estadual garantirá a dignidade e a integridade física, psíquica e moral dos presidiários, assegurando-lhes assistência espiritual e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além do acesso à informação sobre os fatos ocorrentes fora do ambiente carcerário, bem como aos dados relativos à execução das respectivas penas.

Percebe-se, então, que além de reiterar as previsões da Constituição Federal em relação ao dever do Estado de proteger a dignidade e integridade das pessoas sob sua custódia, bem como ao dever de oferecer educação e trabalho, o constituinte local teve especial preocupação em garantir a assistência jurídica para as pessoas presas, bem como o acesso às informações sobre a sua pena, buscando colocar em prática a ideia de que o “o sentenciado é um sujeito de direitos, e não um objeto de imposição de pena”, como explica Semer (2014, p. 95), ao falar sobre a individualização executória da pena.

O constituinte amazonense colocou a pessoa presa em lugar de protagonismo da sua história, não permitindo que o elenco atuante no sistema penal cuide de forma exclusiva de seu cumprimento de pena, não só autorizando que ela tenha acesso às informações de seu processo de execução penal, mas que esse acesso seja devidamente assegurado pelo Estado.

1.10 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁴⁸

Como explicado por Sarlet (2015, p. 99), ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito (ou do Estado Democrático e Social de Direito), o constituinte determinou que o Estado existe para servir a pessoa humana, e não o contrário, ou seja, o funcionamento do Estado não

⁴⁷ AMAZONAS. Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989. Recuperado de <http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Constituicao-Estado-Amazonas-atualizada-ate-a-EC-108-de-2018.pdf> Acesso em 21 dez. 2022.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347 (número único: 0003027-77.2015.1.00.0000). Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Interessado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 jun. 2023.

é a finalidade principal da existência da pessoa humana, sendo ela a finalidade precípua da atividade estatal.

Entretanto, esta não é – e talvez nunca tenha sido – a realidade do Brasil, como se viu em trechos já citados de obras escritas antes mesmo do massacre do Carandiru ter ocorrido.

Roig (2005, p. 15) afirmava, quase vinte anos atrás, que “o sistema carcerário em nosso país evidencia, e sempre evidenciou, a abissal distância entre a existência formal dos preceitos normativos e sua eficácia concreta, como meios de contenção do arbítrio estatal sobre o indivíduo.” Ele segue explicando que isso se dá em razão da forma em que a pena é encarada com um alto valor segregacionista e retributivista, “a despeito da falácia pseudo-humanista da ressocialização, amplamente disseminada.”. Uma década depois, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, confirmou o que já havia sido dito por Roig e por tantas outras pessoas antes dele, como Ramalho (1979), Melo e Oliveira (1984), Corrêa (1991), Karam (1996), Dotti e Maia Neto (1998) e Barros (2001).

A ADPF 347 foi ajuizada no primeiro semestre de 2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), para que o STF reconhecesse o Estado de Coisas Inconstitucional encontrado no sistema penitenciário brasileiro⁴⁹, em razão das inúmeras violações de direitos fundamentais (alguns dos quais já mencionados neste trabalho, mas também em outros), como explicado por Mendes e Martínez (2020, p. 156):

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu no ano de 2015 a figura do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Durante o julgamento foram levantadas as multiplicidades de atos comissivos e omissivos do Estado que perpetuam ofensas diversas a preceitos fundamentais.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) “é uma teoria criada e desenvolvida, ao longo de uma série de acórdãos, pela Corte Constitucional Colombiana”, como explica João (2021, p. 124).

⁴⁹ Alguns dos pedidos da medida cautelar na ADPF 347 foram:

“c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.”

E, como pedido definitivo, “Por fim, espera o Arguente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a: a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Ela ainda lista os requisitos que devem ser preenchidos para que se configure o ECI: a) “a constatação de uma violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas, não se tratando de mera proteção deficiente”; b) violações essas que são geradas e agravadas por conta de uma falha estatal estrutural, que ocorre por ações e omissões do Estado de forma sistemática e que aparentemente são insuperáveis; c) contra quais são expedidos remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos para que essas violações sejam sanadas.

No julgamento da medida liminar pleiteada na ADPF 347, o Plenário do STF entendeu que as prisões brasileiras são ambientes onde ocorrem “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, como descrito no acórdão de 09 de setembro de 2015. Como colocado por Giamberardino (2020, p. 219), os graves problemas de gestão do sistema penitenciário e de desrespeito a direitos fundamentais foram reconhecidos, formalmente, no bojo desta ADPF.

Dentre os direitos da população em situação de prisão entendidos pelo Plenário como sendo violados foram listados direitos previstos na Constituição brasileira (art. 1º, III; diversos incisos do art. 5º e art. 6º), em normas internacionais (PIDCP, Pacto de San José da Costa Rica, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes), bem como dispositivos da LEP.

Ainda, João (2021, p. 129) traz um trecho do voto do relator da ADPF, ministro Mello, identificando a existência de condutas comissivas ou omissivas dos três poderes, tanto a nível federal como estaduais:

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.

As únicas medidas liminarmente concedidas, de forma expressa, no fim de 2015, foram em relação à obrigatoriedade da realização das audiências de custódia e à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

Nota-se que a audiência de custódia é instituto previsto, no ordenamento brasileiro, desde a adoção do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da

Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, e, até 2015, ela não era reconhecida como sendo de obrigatória realização.

Santos e Erbella (no prelo) explicam que o Brasil seguiu usando o sistema cartorial, por mais de vinte anos, para decidir sobre a necessidade (ou não) da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, sem que a pessoa presa fosse levada em juízo, em patente ilegalidade.

No começo de 2015, houve mudança de paradigma com a implementação do projeto piloto no Tribunal de Justiça de São Paulo para as audiências de custódia⁵⁰.

Paiva (2018, p. 38) opta por fazer o uso da expressão “audiência de custódia” tendo em vista “sua ampla acolhida não somente pela imprensa brasileira, mas também pelos instrumentos (...) que visam a sua implementação no Brasil”, mas diz que esta não é uma expressão com correspondência no Direito comparado, razão pela qual alguns textos trazem os termos “audiência de apresentação” ou “audiência de garantia”.

Chamá-la de audiência de apresentação reforça a ideia de que a pessoa presa deve ser ouvida (por isto audiência: “ato de receber alguém com o objetivo de escutar ou de atender sobre o que fala ou sobre o que alega”) presencialmente por alguém (por isto apresentação: “ato de comparecer perante alguém”).

Para além de servir para inibir situações de tortura no momento da prisão, estas audiências servem para que seja possível, tanto para o juízo como para representante do Ministério Público e da defesa, ver e ouvir a pessoa presa, não apenas ler algo que tenha sido escrito em um auto de prisão em flagrante, para tentar chegar em uma melhor conclusão sobre a necessidade de encaminhá-la para uma unidade prisional insalubre e violadora de direitos ou se o processo pode seguir adiante com a pessoa em liberdade, ainda que com a imposição medidas cautelares diversas da prisão.

Ainda sobre a referida ADPF, um dos pedidos que, apesar de negado pelo Plenário, mas que de alguma forma atingiu seu objetivo, ainda que parcialmente, foi o que buscava que o Poder Judiciário considerasse fundamentadamente a situação caótica no sistema prisional do país, no momento da execução da pena (entre outros).

Apesar disso, Valois (2021, b, p. 23) afirma que

para efeito do que verdadeiramente deve ter em mente o juiz por ocasião de uma decisão relacionada à execução penal, é que o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, reconheceu uma

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Provimento Conjunto 03/2015*. Ano VIII. Edição 1814. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=65062> Acesso em: 03 nov. 2020.

inconstitucionalidade estrutural que não ameaça só o direito deste ou daquele preso, mas toda a concepção de Estado Democrático de Direito.

E ao abordar o item que foi indeferido, por votação unânime, referente ao abrandamento do requisito objetivo (temporal) para a concessão de direitos, “quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas”, Valois (*idem*, p. 24) faz uma crítica dizendo que não deveria existir tamanho rigor em relação a certos dispositivos da lei, limitadores da liberdade, enquanto outros trechos da lei, que são garantidores de direitos fundamentais ligados à dignidade humana, são violados.

Como se verá no próximo capítulo, a LEP traz direitos e deveres para a pessoa em cumprimento de pena e privada de liberdade de forma geral. Se algumas dessas previsões que favorecem a pessoa presa como, por exemplo, o direito ao trabalho remuneratório⁵¹ ou o direito a cela individual com lavatório⁵², não podem ser cumpridas e, por isso, são flexibilizadas, não faz sentido aplicar a letra da lei, sem nenhuma flexibilização, deixando de garantir direitos para as pessoas presas, como no exemplo da mitigação do requisito temporal para o reconhecimento de direitos de progressão de regime, por exemplo.

Valois (*ibidem*) prossegue trazendo um importante trecho do voto do ministro Barroso que, ao explicar os motivos que o levam a não permitir que a regra geral definida em lei seja flexibilizada, faz a seguinte ressalva: “havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena”.

Assim, é possível entender que o simples fato de o STF ter reconhecido, ao julgar o pedido liminar na referida ADPF, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, ainda que alguns dos pedidos específicos não tenham sido liminarmente concedidos, o teor do acórdão possibilita a sua utilização para pedidos individuais, com a análise de cada caso concreto, para o juízo onde seu processo de execução criminal tramita.

Anos depois da análise dos pedidos liminares na ADPF, o seu mérito ainda não foi julgado. No entanto, foi realizada audiência pública no Supremo Tribunal Federal, em junho de 2021, para que a questão carcerária fosse novamente debatida, dessa vez também por pessoas que vivem no sistema prisional.

⁵¹Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

⁵²Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Na oportunidade, o ex-ministro da Segurança Pública Jungmann afirmou que

hoje o principal motor da violência e da insegurança no Brasil está no seu sistema prisional. A segurança pública no Brasil aprofunda, agudiza e, de certa forma, expande a própria violência e a criminalidade, porque o sistema prisional brasileiro está fora do controle do Estado.⁵³

O que se percebe, assim, é que a situação precária das prisões que já existiam antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã foi mantida com a volta do regime democrático e segue sem melhorias anos depois da decisão liminar da ADPF ter reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, de modo que é urgente que medidas mais enérgicas sejam tomadas caso seja a real intenção do Estado garantir a segurança de sua população – esteja ela fora das prisões, mas também dentro delas, como as pessoas que estão com sua liberdade cerceada e as que ali trabalham.

⁵³ MUNDIM, Marília. *Desafios carcerários são discutidos por representantes do CNJ em audiência no STF*. Conselho Nacional de Justiça, 14 de junho de 2021. Disponível em <https://tinyurl.com/CNJdesafioscarcerarios>, acesso em 02 jul. 2021.

2. LEI N. 7.210/1984: A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A sentença condenatória penal interfere somente – ou ao menos majoritariamente – na restrição da liberdade da pessoa processada, com seus demais direitos fundamentais remanescendo intactos. Giamberardino (2020, p. 222) indica que ela é um título executivo que deve limitar e vincular a execução da pena, com a sua concretização sendo “balizada pelos parâmetros constitucionais fundados no princípio da dignidade”. Ele segue afirmando que “a função jurisdicional na execução penal tem – ou deveria ter – caráter limitador e garantista, no sentido de redução de danos, especialmente em face da garantia legal de todos os direitos não atingidos pela condenação” (*ibidem*).

A Lei de Execução Penal é redundante, portanto, ao listar os direitos que devem ser assegurados às pessoas presas.

No entanto, deve-se observar que a LEP não trata apenas dos direitos das pessoas presas de forma genérica. Ela elenca direitos, deveres, órgãos de execução etc. para alcançar o que se propôs nos itens 13 e 14 de sua exposição de motivos:

oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social (...) as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor na comunidade.

Cacicedo (2018, p. 416) explica que ao definir a longa competência do juízo de execução penal nos dez incisos trazidos pelo artigo 66 da LEP, a lei trouxe “uma intervenção obrigatória do juiz, ou seja, tais direitos só podem ser usufruídos por seus destinatários se houver decisão judicial ao seu respeito”.

Ainda que a Lei de Execução Penal seja bastante desrespeitada – desde sua criação até os dias de hoje –, é importante mencionar alguns trechos da Exposição de Motivos da sua elaboração, para que possa ser lembrado, agora, o que foi estudado pelos legisladores aproximadamente quarenta anos atrás.

Uma de suas fontes de elaboração foi o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito de 1975 (item 7). Nesta CPI, realizada nos anos de 1975 e 1976, na Câmara dos Deputados, chegou-se à conclusão de que a função ressocializadora e educativa da pena não seria cumprida com a superlotação carcerária, uma vez que ela impossibilita a individualização da pena, como explicado pelos autores Rudnicki e Souza (2010, p. 109).

Outra conclusão da CPI foi colocada de forma expressa no item 27 da exposição de motivos da LEP:

Reducir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.

Assim, nota-se que a ideia por detrás da lei criada em 1984 era para que uma medida ressocializadora fosse aplicada, de forma individualizada, para cada pessoa em cumprimento de pena, com o devido acompanhamento no decorrer do tempo, para que eventuais ajustes necessários pudessem ser feitos.

2.1 Exame criminológico na prática

O que se percebe, ao analisar a realidade do sistema penal, é que os chamados exames criminológicos não são feitos quando a pessoa ingressa no sistema (frisa-se que a maioria das pessoas entra nas unidades prisionais por prisões preventivas e não com a condenação já transitada em julgado⁵⁴) nem mesmo quando passam a cumprir sua pena definitiva.

Como explicam Mirabete e Fabbrini (2022, p. 61), o exame criminológico – a ser realizado, de acordo com a lei, obrigatoriamente para quem possuir condenação em regime inicial fechado e, facultativamente, em regime inicial semiaberto – serve (ou deveria servir, se fossem realizados no início do cumprimento da pena) para examinar

a personalidade do criminoso [...] em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se com isso explicar a “dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas recuperadoras (assistência criminária) e a avaliação da possibilidade de delinquir (prognóstico criminológico).

Seria com base nesse laudo que a adequada classificação seria feita possibilitando, assim, melhores ferramentas para a efetivação do princípio de individualização da pena, nos termos do artigo 5º da LEP.

Nicolitt (2016, p. 15) explica que nem mesmo os exames de sanidade mental são fáceis de serem agendados e realizados, “por não existirem meios e psiquiatras disponíveis”, afirmando ser ainda mais difícil um exame que necessita de uma equipe

⁵⁴A título de exemplo, pesquisa realizada em 14 jan. 2023, no site <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> indicava o total de 858.690 pessoas privadas de liberdade, sendo que apenas 311.526 em execução (de pena ou medida de segurança) definitiva. A maioria (544.966) é formada por pessoas presas sem sequer uma condenação em primeiro grau (354.059) ou, apesar de uma condenação, que ainda aguardam a apreciação de seus recursos (190.907) que, ainda que não tragam uma absolvição, podem resultar em pena menor com regime inicial mais brando ou até mesmo a substituição da prisão por outras penas restritivas de direitos.

multidisciplinar acompanhando profissional da medicina psiquiatra. Nicolitt complementa lembrando que “o poder público não tem o hábito de gastar adequadamente sequer com crianças e idosos necessitados de saúde pública, que dirá com presos”.

Dizer que esses exames não são realizados no início do cumprimento da pena, contudo, não significa dizer que esses exames são inexistentes na rotina de quem trabalha com execução penal. Mas, contrariando a ideia do legislador que acreditava no princípio da individualização da pena e de como tal princípio deveria ser colocado em prática para que fosse possível lograr uma “recuperação social”, como apontado acima, esses exames são apenas feitos em situações em que, após feito o pedido para a progressão de regime, segundo os requisitos elencados no próximo tópico, ao invés de sentenciar reconhecendo o direito conquistado pela pessoa em cumprimento de pena, a decisão judicial é pela realização do referido exame.

De acordo com o sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” (Súmula 439), o que significa dizer que o pedido de exame criminológico para auxiliar na decisão de progressão de regime ou de livramento condicional não é absolutamente proibida. Contudo, seu uso não pode ser de forma acrítica, com sua exigência de forma reiterada sem a avaliação de cada caso concreto. Nesse ponto, é de extrema importância recordar o que já foi colocado no início do trabalho de que a execução cuida do momento presente e não deve ser influenciada pelo fato ilícito que já foi analisado no processo de conhecimento e que ensejou o processo de execução.

As justificativas para a requisição desses exames, porém, nem sempre são devidamente motivadas com base nas peculiaridades do caso concreto. Por vezes são vistos pedidos feitos com a justificativa de que a pessoa cumpre pena por crime grave, de forma abstrata, sem se atentar que não há mandamento legal para que sempre se determine a realização de exames criminológicos para analisar a concessão de direitos sempre que houver cumprimento de determinado tipo penal, traduzindo-se em uma das disrupturas do sistema legal.

Como exemplo, tem-se o crime de homicídio que, apesar de ser contra um dos bens mais preciosos do ser humano, a vida, nem sempre traz peculiaridades extras na sua execução (ou tentativa de execução). Mas, para além disso, não deveria importar se o fato passado foi ou não com gravidade extrema, mas o que importa é como a pessoa tem cumprido a sua pena.

Ilustrando como casos assim chegam ao STJ, tem-se o exemplo do seguinte caso⁵⁵: pessoa condenada a oito anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, por dois crimes de homicídio simples, sendo um deles na forma tentada. Nota-se, desde já, não ter havido nenhuma característica, no fato passado, para qualificar os crimes, tendo sido a condenação pelos jurados se resumido aos dois delitos em sua forma simples, previstos no *caput* do artigo 121 do Código Penal.

Após o juízo de execuções entender que a pessoa preenchia os requisitos⁵⁶ para ser transferida ao regime aberto (isto é, depois de iniciar o cumprimento em regime fechado e já ter feito uma primeira progressão para o regime semiaberto), o Ministério Público entendeu que seria necessário agravar a decisão, pois, conforme se depreende da decisão da Corte Cidadã, o órgão ministerial teria afirmado que “por meio de uma avaliação técnica é que se obterá um panorama mais preciso sobre a personalidade daquele que pleiteia benefícios em sede de execução”.

Tal pedido foi acolhido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, determinando que a pessoa, já em regime aberto, fosse regredida para o regime semiaberto e ali aguardasse a disponibilidade de agenda para que a comissão técnica de avaliação, que pode ser formada por profissionais da psicologia e assistência social, ainda que ausente psiquiatras⁵⁷, pudesse realizar o exame.

Na decisão proferida pelo ministro Schietti, é mencionado que “o exame criminológico é de extrema valia quando se trata de reinserção social do apenado, porquanto, estará imbuído de quesitos científicos voltados a detectar o risco de recidiva nessa seara”, além de haver menção doutrinária explicando quando o exame deve ser pedido e até mesmo dizendo que eventual laudo com conclusão positiva, caso traga elementos que o juízo entenda como sendo insatisfatórios, pode ensejar uma decisão negando o reconhecimento do direito à progressão de regime.

No entanto, analisando o caso concreto, o ministro afirma que o Tribunal de Justiça proferiu acórdão em desacordo com a jurisprudência do STJ, pois não trouxe

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 561.862/SP. Relator: Ministro Rogerio Schietti. j. 17/02/2020.

⁵⁶ Os requisitos objetivo e subjetivo para a progressão de regime serão abordados de forma aprofundada em tópico próprio.

⁵⁷ No AgRg no HC 413.141/MS, julgado pela 5^a Turma do STJ, com relatoria do Ministro Jorge Mussi, e disponibilizado no DJe de 04/12/2007, foi assim decidido: “a ausência de laudo psiquiátrico em exame criminológico não enseja a nulidade do referido exame e, tampouco, da decisão que nega a progressão de regime prisional, sendo suficiente a perícia dos psicólogos e de assistentes sociais para fundamentar a conclusão de não preenchimento do requisito subjetivo do apenado pelas instâncias ordinárias”.

fundamentação idônea, apontando inexistir “indicação de fato, ocorrido ao longo da execução, que justificasse a produção do laudo. Não há registro de nenhuma falta disciplinar de natureza grave”.

Da mesma maneira que existem diversas decisões nesse sentido proferidas pelo STJ⁵⁸, pergunta-se quantas decisões no sentido contrário – determinando a realização de exame criminológico sem fundamentação apropriada – não são proferidas por juízos de primeira instância ou tribunais locais e deixam de ser questionadas nos tribunais superiores ou que são por lá mantidas.

Assim, é de fundamental importância que decisões equivocadas sejam questionadas em petições objetivas e que não confundam a pessoa julgadora (e sua equipe), indicando de forma precisa a violação do direito, com o pedido objetivo para o saneamento do erro.

2.2 O sistema de progressão de regime

Existindo diversos modelos de sistemas penitenciários no mundo, o legislador brasileiro, diferentemente de legisladores de outros países, entendeu que seria interessante usar o sistema progressivo, baseado na ideia de incentivar e recompensar a disciplina que, de acordo com o artigo 44 da LEP, “consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”, conforme explicado por Cacicedo, em palestra proferida em 2019.

Mirabete e Fabbrini (2022, p. 334) trazem uma síntese dos existentes modelos que o Brasil poderia ter escolhido:

Diante das deficiências apresentadas pelos estabelecimentos penais e da irracionalidade na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, a partir do século XVIII procurou-se uma nova filosofia penal, propondo-se, afinal, sistemas penitenciários que correspondessem a essas novas ideias. Do Sistema de Filadélfia, fundado no isolamento celular absoluto do condenado, passou-se para o Sistema de Auburn, que preconizava o trabalho em comum em absoluto silêncio, e se chegou ao Sistema Progressivo. Consistia este, no sistema irlandês, na execução da pena em quatro estágios: o primeiro de recolhimento celular absoluto, o segundo de isolamento noturno com trabalho e estudo durante o dia, o terceiro de semiliberdade com trabalho fora da prisão e o quarto no livramento condicional. Ainda hoje o sistema progressivo é adotado em várias legislações.

Outras fontes indicam que o sistema progressivo teria sido criado, em 1846, por um capitão da Marinha Real Inglesa chamado Alexander Maconochie, conforme relato

⁵⁸ Decisões encontradas pela ferramenta de busca do próprio tribunal em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

de Oliveira (1984, p. 43), e que teria três períodos para serem cumpridos: “a) período da prova – com isolamento celular completo, do tipo pensilvânico; b) período com isolamento celular noturno e trabalho comum durante o dia, com rigoroso silêncio, do tipo auburniano; c) período da comunidade, com benefício da liberdade condicional.”

A autora diz que alguns anos mais tarde o sistema progressivo irlandês surgiu e ela explica que (*idem*, p. 44) foi acrescentado

mais um novo período - preparação à vida livre, que consistia em transferir o recluso para as prisões intermediárias, com suave regime de vigilância, sem uniforme, com permissão para conversar, saídas dentro de um certo raio, trabalho externo no campo, objetivando o preparo do condenado para o retorno à vida, na sociedade.

Independentemente da origem do sistema progressivo, ao escolher trabalhar com ele, a parte final do cumprimento da reprimenda ocorre com uma privação de liberdade em menor escala, em que a pessoa condenada deixa de estar constantemente sob o olhar do Estado, nas unidades prisionais, mas precisa constantemente informar o juízo sobre suas rotinas – onde vive, onde trabalha etc. –, justamente para demonstrar seu senso de responsabilidade e autodisciplina de forma cada vez menos supervisionada, até que termine por completo de cumprir sua pena e volte a exercer sua cidadania plena sem supervisão estatal, como explica Araujo (2012, p. 389):

No regime semiaberto a legislação aumenta o *status libertatis* do condenado, sobretudo em razão da necessidade de “ressocialização” do indivíduo, permitindo um maior contato com o ambiente externo, sem necessidade de escolta, ao contrário do que ocorre com o regime fechado.

Na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, datada de 09 de maio de 1983, que manteve alguns trechos do texto original de 1940, temos que os legisladores, após muitos estudos e debates, entenderam que “uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere” e que,

a fim de humanizar a pena privativa de liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

Ainda que o regime inicial não possa ser obrigatoriamente o fechado para todos os casos, sob pena de ferir o princípio da individualização da pena, quando a pessoa condenada começa a cumprir sua pena no regime mais severo, ela tem a perspectiva de

progredir para um regime intermediário, que ainda será cumprido aos olhos do Estado, seja no dia-a-dia dentro da unidade prisional ou com o monitoramento eletrônico nas situações de saídas para trabalho, estudo e visitas ao lar – ou em regime semiaberto harmonizado, nas comarcas que não contam com estabelecimentos apropriados para o cumprimento de pena em regime semiaberto – e, passado mais algum tempo, sua perspectiva é de progredir para o regime mais brando de todos, em que a vigilância do Estado se dará de forma mais amena.

Valois (2015, p. 101) afirma que a sociedade custa a entender a lógica da progressão de regime e dos regimes mais brandos que o fechado, pois há um senso comum de que a pessoa condenada deve estar sempre intramuros, ainda que o cumprimento em regime intermediário ou mais brando ainda cerceie sua liberdade, pois não se trata de poder ir e vir para onde e quando quiser, como permitido para uma pessoa em liberdade plena, mas sim dentro de regras pré-determinadas de locais e horários em que essa locomoção pode e deve ser feita.

Mesmo entendendo as mazelas que são possíveis de ocorrer em regime semiaberto, Valois (*idem*, p. 102) segue dizendo que:

a extinção do regime semiaberto e do regime aberto só seria salutar se esses regimes fossem extintos junto com a extinção da parte da pena que teria que ser cumprida neles. Se a pena privativa de liberdade foi aumentada, passando a ter período de cumprimento maior, em razão do ideal de ressocialização, sendo a progressão de regime parte desse ideal, o correto seria que se extinguissem os regimes de semiliberdade com a extinção da parte da pena que foi aumentada para que esses regimes existissem.

Percebe-se, então, que o legislador, para construir e solidificar esse sistema progressivo de cumprimento de pena, foi ampliando as penas cominadas aos tipos penais, justamente para que a pessoa pudesse permanecer um determinado tempo em regime fechado, outro determinado tempo em regime semiaberto e, por fim, uma parcela final, em regime aberto, como explicado na Exposição de Motivos da LEP, ao determinar que a lei

exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo da pena do regime inicial ou anterior. Com esta ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas de liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evolui-se de regime mais rigoroso para outro mais brando.

As partes finais da execução penal, para alguém leigo, podem ser vistas como uma ausência de pena, um término antecipado da sanção ou mesmo impunidade, mas deve ser observado que, para a pessoa em cumprimento de pena, um regime mais brando continua sendo pena privativa de liberdade, uma vez que ela ainda se sujeita a inúmeras

restrições em sua rotina e à obrigação de se apresentar em juízo periodicamente, tendo que comprovar sua situação de trabalho etc.

Além disso, deve-se ter em mente que houve um estudo pelas equipes do Poder Legislativo e que há uma lógica defendida pelos legisladores de 1984 que optaram pelo sistema progressivo de penas. Lógica esta que se aplica igualmente na criação dos preceitos secundários das leis penais: fossem feitas para serem cumpridas totalmente em regime fechado, a pena combinada a cada delito seria ligeiramente menor. A aplicação da mesma lógica do sistema progressivo de pena para a execução da pena e para criação dos preceitos secundários busca criar um sistema harmônico entre si.

Tendo o objetivo de criar um sistema penitenciário progressivo, não faz sentido ter as mesmas condições de cumprimento da pena em regimes distintos, mudando apenas de estabelecimento penal – quando as unidades de regime fechado e semiaberto não são no mesmo endereço, separadas apenas por pavilhões diferentes.

Por isso a importância da existência de unidades específicas para o cumprimento de cada regime desenhado pelo legislador – e, na sua ausência, a transferência da pessoa presa para regime mais brando –, juntamente com os direitos que são inerentes a cada etapa, como o gozo das saídas temporárias para visitas ao lar, estudo e trabalho, para que os objetivos do legislador de uma recolocação gradual da pessoa condenada na sociedade e sua melhor reintegração tenham mais chances de êxito.

Para Mendes e Martínez (2020, p. 181), prevalece o entendimento de que a progressão de regime prisional tem natureza jurídica de direito público subjetivo, de modo que, preenchidos os requisitos elencados na lei, a progressão deve ser concedida. Assim, é de fundamental importância que a progressão de regime seja efetivada na data em que a pessoa preenche os requisitos, evitando sua permanência em regime de pena mais severo do que faz jus.

Em linhas gerais, os três regimes prisionais podem ser assim explicados:

2.2.1 Regime fechado

O artigo 87 da LEP diz que as penitenciárias são os estabelecimentos para que sejam cumpridas as penas de reclusão, em regime fechado.

Tanto a LEP como o Código Penal (CP) determinam o repouso noturno em isolamento, isto é, em cela individual.

O CP também diz que a pessoa estará sujeita ao trabalho no período diurno e diz que o estabelecimento onde cumprirá pena será de segurança máxima ou média.

Apenas excepcionalmente é autorizada a saída da pessoa daquela unidade: em caso de trabalho em serviços ou obras públicas (art. 34, §3º, CP) ou nos casos de permissão de saída (art. 120, LEP), em que a saída do presídio é realizada mediante escolta em razão de falecimento ou doença grave de familiar ou para tratamento médico da própria pessoa, nos termos dos parágrafos do artigo 14 da LEP.

Assim, tem-se que o regime fechado é um regime em que o Estado tem um controle total sobre a liberdade do indivíduo.

2.2.2 Regime semiaberto

O controle estatal é reduzido em pequena escala no regime intermediário, que deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, de acordo com o artigo 91 da LEP.

Nesse novo regime, a cela individual pode ser trocada por alojamento coletivo, sempre em respeito aos requisitos também exigidos para o regime fechado de ambiente salutar, com “aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana” (art. 88, parágrafo único, *a*, LEP), e respeitando o limite de capacidade para que seja possível alcançar o objetivo da individualização da pena (art. 92, parágrafo único, *b*, LEP).

Assim, no regime semiaberto, não basta que a pessoa apenas seja transferida de penitenciária para colônia agrícola, mas é de fundamental importância que ela possa usufruir o direito ao trabalho e estudo externo e de visitas periódicas às famílias, por exemplo.

Em relação às autorizações de saída, a Exposição de Motivos da LEP é expressa ao dizer que elas não podem ser confundidas com favores gradativos e que elas estão acima da categoria normal dos direitos.

Como colocado por Ferraz (2012, p. 145), seu objetivo é observar a autodisciplina da pessoa em cumprimento de pena, conforme o objetivo do sistema progressivo de pena, reforçando ou restabelecendo vínculos familiares para que seja favorecida sua reintegração social e, como consequência, reduzidas as chances de sua reincidência.

Ao analisar o pedido liminar no HC 452.903/SP⁵⁹, o ministro Fonseca assim discorreu sobre as Regras de Mandela e a ideia de reintegração da pessoa em cumprimento de pena junto à sociedade, em 05 de junho de 2018:

Desde 1955, os Estados observam as "Regras Mínimas para o Tratamento de Presos", elaboradas pelas Nações Unidas, como baliza para a formação estrutural de sua Justiça e sistema penais.

O Brasil, no entanto, como consabido, vem enfrentando dificuldades para por em prática as ações recomendadas, porém, a nossa Lei de Execuções Penais, de 1984, foi elaborada sob o viés - declarado em sua exposição de motivos – de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

Além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constitui objetivo do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis, nos termos da Regra 4 das chamadas "Regras de Mandela", instituídas pelas Nações Unidas.

Aliás, de acordo com a Regra 91 do novo quadro de normas editado pela Assembleia Geral da ONU em 2015, e amplamente divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, "o tratamento de presos sentenciados ao encarceramento ou a medida similar deve ter como propósito, até onde a sentença permitir, criar nos presos a vontade de levar uma vida de acordo com a lei e autossuficiente após sua soltura e capacitá-los a isso, além de desenvolver seu senso de responsabilidade e autorrespeito".

Com essa premissa em mente, ele entendeu que a paciente deveria ter seu pedido de saída temporária analisado pelo juízo de origem, afirmando que não poderia

permanecer insensível à situação daquela que, depois de segregada da vida em sociedade, convivendo, por conta dos seus erros, com as mazelas do confinamento, ao deixar os limites impostos pelo regime fechado, e ter a possibilidade de gozar os benefícios típicos do regime semiaberto, corra o risco de transcorrer toda a trajetória do regime intermediário sem desfrutar do seu direito à saída temporária.

É de extrema importância sublinhar que a autorização de saída é “verdadeiro direito público subjetivo do condenado. Assim, deve ser rechaçada a pecha de ‘benefício’”, como anotado por Araujo (2012, p. 390). Isto significa não se tratar de benefício concedido ao bel prazer do magistrado, que deve apenas verificar se preenchidos os requisitos definidos da lei e, então, declarar o direito conquistado pela pessoa em cumprimento da pena. Nas palavras de Marcão (2017, p. 344), “não se confundem tais autorizações com os chamados favores gradativos” e estão elas “acima da categoria normal dos direitos”.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 452.903/SP. 5^a Turma. Impetrante: Josianne Pagliuca dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Varuna Santos da Silva. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julg. 11/06/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801315121&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso 29 jun. 2023.

Na realidade, a questão da nomenclatura de “benefício” não deve ser apenas rechaçada ao falar sobre as autorizações de saída, mas em relação a qualquer outro direito. Valois (2021, *b*, p. 13) explica que “o direito constrói termos sem correspondência imediata com fatos da vida, justamente para se constituir um sistema fechado, de aparente coerência, onde se há alguma coisa errada é a realidade e não o direito” e exemplifica o jogo de linguagem usado justamente com esse termo, assim dizendo:

Costuma-se chamar o direito do preso de benefício. Ora, uma coisa é direito ou é benefício. Presos não têm benefícios, têm direitos. Chamar seus direitos de benefício é passar uma ideia de fraqueza dos seus direitos, como se fosse algo concedido e não que os presos podem exigir.

Ele prossegue explicando que, na linguagem jurídica (em livros e julgamentos), direitos são tratados como permissão, fazendo com que seja ainda mais difícil e demorada a sua efetivação.

Observa-se que as saídas temporárias ganham atenção das mídias nas épocas de saída para visitação às famílias, mas ela ocorre – ou deveria ocorrer – com uma frequência muito maior, já que são direitos da pessoa presa o trabalho e o estudo e que esses dois direitos não conseguem ser usufruídos dentro da unidade, tendo em vista sua superlotação que impossibilita a disponibilização de vagas de trabalho e de estudo para todas as pessoas ali cumprindo pena. Assim, o ideal seria que todas as pessoas no regime semiaberto saíssem diariamente para trabalhar e/ou estudar.

Junqueira (2021, p. 26), ao comentar as alterações na LEP ocorridas no final de 2019, que passa a vedar a saída temporária para quem cumprir pena por crime hediondo com resultado morte (sem distinguir entre o resultado morte doloso ou culposo), reforça a importância deste instituto para a caracterização do regime semiaberto, assim dizendo:

A lei prevê que o cumprimento da pena em regime semiaberto será realizado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, *b*, do Código Penal). Na escassez de vagas ou mesmo inexistência de colônias agrícolas ou industriais nos mais diversos estados da federação, o regime semiaberto costuma ser cumprido em estabelecimentos similares, o que na prática é um eufemismo para o uso indiscriminado do regime aberto como se fosse semiaberto, com o uso do estabelecimento apenas para recolhimento noturno e aos finais de semana, ou ainda o cumprimento da pena em estabelecimento apropriado ao regime fechado, cuja única grande diferença para o estabelecimento em regime semiaberto seria a possibilidade de saída temporária. Vedada a saída temporária, como faz a presente lei para o condenado por crime hediondo com resultado morte, o sentenciado poderá não sentir qualquer mudança na passagem do regime fechado para o semiaberto, arruinando toda a lógica individualizadora e integradora do sistema progressivo.

Na ausência de estudo sobre o índice de reincidência do condenado por crime hediondo com resultado morte durante a saída temporária, a mudança tem índole apenas retributiva e populista, afastando-se da moderna doutrina penal

que repele o retributivismo irracional e dos vértices de um direito penal democrático.

Ele adiciona que, em razão da demora para que mudança tenha efeito prático – afinal, condutas realizadas antes de janeiro de 2020 não terão seu cumprimento de pena afetado por essa mudança – as manchetes sensacionalistas nas datas festivas ainda continuarão a existir por alguns anos e supõe que “foram tais matérias que provocaram a mudança da lei, em claro sintoma de populismo penal”.

Corroborando com a suposição acima, Carvalho (2010, p.14) explica que é possível concluir que a formação do imaginário social sobre o crime e a punição é formado “a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados”, citando a hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais – como os infanticídios e parricídios que se destacam nas manchetes mencionadas por Junqueira – como regra.

2.2.3 Regime aberto

Por fim, o regime aberto que é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade da pessoa condenada (art. 36, CP), determinando que a pessoa trabalhe, estude e exerça outras atividades autorizadas, permanecendo em recolhimento durante o período noturno e nas folgas.

Pela LEP, este recolhimento deve ser cumprido em casa do albergado.

Além de ter as restrições de horários e dos limites por onde a pessoa pode circular, ela também deve prestar contas periodicamente ao juízo, de forma que seu endereço, local de trabalho, estudo etc. estejam sempre atualizados.

Na ausência de estabelecimento adequado, a pena deve ser cumprida em prisão domiciliar, não podendo a pessoa presa ficar em regime mais severo do que faz jus por motivos que lhe são alheios. A já mencionada Súmula Vinculante 56 é fundamentada justamente nessa premissa.

De certa forma, pode-se dizer que não há nenhum tipo de unidade prisional que funcione de acordo com as leis: as penitenciárias não possuem celas individuais, as unidades (de qualquer regime) não correspondem à expectativa dos requisitos mínimos de salubridade para as pessoas que ali cumprem pena (nem mesmo para agentes que ali trabalham!). No entanto, a falta de estabelecimento adequado para o cumprimento de

regime fechado não costuma ser motivo para a colocação da pessoa em outro regime ou em prisão domiciliar.

De forma completamente inversa, a maioria das unidades da federação não conta com casas do albergado – e os raros estados que possuem não contemplam todas as comarcas –, de maneira que o regime aberto é cumprido, normalmente, em regime domiciliar.

Esta também não é uma problemática recente e se manteve idêntica nos diferentes governos de 1984 até a atualidade.

Oliveira (1984, p. 46) explica que a prisão albergue era prevista desde 1977, a partir da vigência da Lei 6.416/77, mas ela diz que

o sistema de prisão albergue vem sofrendo grande desgaste, sendo ainda de difícil aplicabilidade, porque o Estado descuidou-se de construir as residências para instalação dos albergados e de fornecer-lhes os recursos humanos e materiais necessários.

Na verdade, como não houve maior incentivo e apoio por parte do governo para essa nova forma de execução da pena, os juízes foram motivados, em última instância, a substituírem tal medida pela pena de prisão domiciliar.

Alguns estados acabam aplicando lógica parecida para as pessoas em regime semiaberto, por não dispor de colônias agrícolas, industriais ou similares. É o chamado “regime semiaberto harmonizado”. Diferentemente do regime aberto, que por não haver a regra da vigilância, ainda que parcial, prescinde de monitoramento eletrônico, o regime semiaberto harmonizado costuma ser cumprido com o uso de tornozeleiras e comparecimento em juízo ou em unidade prisional com mais frequência do que na etapa posterior. Este é o caso do estado do Amazonas, conforme serão observados os casos narrados mais à frente.

Independentemente de cumprir os três regimes em estabelecimentos determinados pela lei, ou “apenas” o regime fechado ou os regimes fechado e semiaberto, a liberdade da pessoa segue cerceada até o término total de sua pena.

Cumprir a(s) fase(s) final(is) da pena em regime domiciliar não é um término antecipado da pena, como alguns meios de comunicação e discursos políticos costumam dizer.

2.2.4 Aspectos legais e administrativos da progressão de regime

No decorrer das últimas décadas, a legislação passou por diversas mudanças em relação aos requisitos necessários para a progressão de regime.

Como explica Brito (2022, p. 138), é

importante que se atente à data da vigência pois se tratando de lei de caráter penal (restrição da liberdade) não deverá retroagir para os condenados por crimes praticados antes da vigência da lei. Nesse sentido, lembramos os fundamentos da edição da Súmula Vinculante 26, que justamente considerou que, para os delitos hediondos e equiparados praticados antes da alteração da Lei n. 8.072/90, efetuada pela Lei n. 11.464/2007, que alterou as frações para 2/5 e 3/5, a fração para a progressão deveria ser de 1/6.

Observa-se que no Recurso Extraordinário 579.167, do Acre⁶⁰, o ministro Marco Aurélio, ao negar recurso interposto pelo Ministério Público que buscava aplicar fração mais gravosa para a contagem de prazo de progressão de regime, em julgamento de 16 de maio de 2013, assim asseverou:

O Tribunal de origem, mediante acórdão irreprochável, assentou a impropriedade de fazer-se incidir a lei nova no que implicou majoração do período, passando a haver a necessidade de dois quintos do cumprimento da pena, se o condenado for primário, e de três quintos, se reincidente. Hoje, a jurisprudência do Tribunal, na esteira da melhor doutrina – Luiz Flávio Gomes e Alberto Silva Franco –, está pacificada.

No caso acima julgado, a pessoa cumpria pena referente a crime hediondo praticado antes de 28 de março de 2007, como colocado no bojo do acórdão. Assim, o STF entendeu que o requisito objetivo a cumprir, para que fosse pleiteada a progressão de regime, fosse a fração de 1/6, e não a fração imposta pela lei 11.464/2007⁶¹, muito mais gravosa, por ser de 2/5 ou 3/5, em caso de reincidência.

A votação foi unânime, e diversos ministros trouxeram outros precedentes para reforçar a ideia de que não cabe retroagir a lei, nessas situações.

Assim, sendo pacífico na jurisprudência que as mudanças de prazos que devem ser cumpridos são de aspecto material (e não processual), deve-se observar quais requisitos existiam na data em que o fato foi praticado e se houve alguma alteração benéfica para a pessoa em cumprimento de pena desde então, sendo proibida a aplicação de requisito mais severo criado após o fato que ensejou aquela prisão.

De 1984 até hoje não houve alteração em relação à exigência do requisito subjetivo, isto é, do “mérito”. Em termos práticos, o mérito é alcançado quando se ostenta

⁶⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 579.167 (sem número único). Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Odenilson da Silva Lima. Relator: Min. Marco Aurélio. Transitado em julgado em 22/01/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598040>. Acesso em: 29 jun. 2023.

⁶¹ BRASIL. *Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em 29 jun. 2023.

bom comportamento, ou seja, quando não se comete falta disciplinar ou, em caso de cometimento, após transcorrido o prazo para sua reabilitação.

Conforme explica Silva (2018):

(...) as infrações disciplinares (...) consignadas [na LEP] não têm caráter penal, visam instrumentalizar o Juízo das Execuções com meios para efetivar a reprimenda legal imposta ao sentenciado, de forma a permitir a manutenção da ordem e disciplina carcerárias, bem como auxiliar no balizamento do conceito de mérito do condenado, fundamental no regime progressivo de cumprimento de penas

Assim, a identificação do mérito da pessoa em cumprimento de pena é feita pela ausência de faltas disciplinares ou após sua habilitação.

De forma curiosa, os prazos de reabilitação ficam a cargo de normas infralegais de cada estado. Em São Paulo, por exemplo, o artigo 89 da Resolução 144 da Secretaria de Administração Penitenciária⁶² determina que a falta grave será reabilitada após o decurso de doze meses. A falta média, após seis meses e, por fim, a falta leve não maculará o bom comportamento depois de três meses.

A curiosidade sobre essa contagem é que, justamente por não haver uma lei que regulamente o tema, pesquisas em diferentes boletins informativos mostram aplicação de critérios dos mais variados.

A depender do processo de execução criminal, são encontradas situações em que o período de reabilitação se inicia a contar do cometimento da falta disciplinar⁶³ ou a partir de data em que termina o “castigo” (período de até trinta dias de isolamento e com perda de outros direitos)⁶⁴.

Além disso, apesar de vigente o princípio da legalidade em matéria de execução penal, os incisos elencados no artigo 50 da LEP (bem como outras faltas encontradas de modo esparso) nem sempre são interpretados de maneira restritiva, também gerando uma quebra de isonomia, como explica Cacicedo (2019, informação verbal), imposta, às vezes, em razão de uma simples questão de arbitrariedade de quem trabalha na unidade prisional, que, sabendo que o lapso de certa pessoa em cumprimento de pena está por vir, pode impor determinar alguma ordem absurda e instaurar sindicância para apurar uma falta, no caso daquela ordem não obedecida. Ou, ainda, no caso de alguma pessoa que, por

⁶² SÃO PAULO. Resolução Secretaria da Administração Penitenciária 144, de 29 de junho de 2010. Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em <https://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf> Acesso em 02 jan. 2023.

⁶³ Fls. 125 do PEC 0002958-10.2020.8.26.0502, indicando data da falta grave em 20/10/2020 e reabilitação em 20/10/2021. Disponível em: portal e-saj.

⁶⁴ Fls. 53 do PEC 0015779-08.2019.8.26.0041, indicando data da falta grave em 29/03/2017 e reabilitação em 29/04/2018. Disponível em portal e-saj.

qualquer motivo, a autoridade do estabelecimento tenha relação de afeto, pode ver situação errada, mas, ao relatar a sindicância, pode sugerir não ter existido falta disciplinar.

O mesmo autor reforça essa ideia em outro texto (2018, p. 423), ao afirmar que

a falta que ocorre dentro da unidade prisional é apurada por seus próprios funcionários, que têm o poder de definir o destino do preso. Por exemplo, se um agente penitenciário diz ter sido desrespeitado por um preso, são as próprias autoridades administrativas que decidirão se houve ou não falta grave.

Similar afirmação também foi feita por Adorno (1998, p. 1018), ao dizer que as situações de precariedade são diferentes em cada lugar do Brasil, mas que, ao mesmo tempo, possuem similares em alguns pontos, entre eles o “arbítrio punitivo incomensurável”. Mais à frente (*idem*, p. 1023), ele menciona que as unidades prisionais possuem uma espécie de tribunal paralelo, “capaz de sobrepor à própria pena decretada pelo poder judiciário competente” e ainda adiciona:

Essas penas internas variam da advertência ao enclausuramento nas celas fortes, onde não há iluminação e sequer ventilação e onde o preso punido permanece por tempo indeterminado, ao sabor de circunstâncias e da decisão arbitrária de diretores penais. Esse alvedrio chega ao requinte de punir uma mesma infração com sentenças variadas. Ademais, outras formas de abuso permanecem praticadas muitas vezes sem qualquer censura ou averiguação, apesar das denúncias: torturas em dependências especiais - celas chamadas ‘maracanãs’ ou de ‘direitos humanos’; espancamentos, achaques, cobrança de pedágios para assegurar privilégios ou acesso de visitas ou de advogados; exploração de mulheres e de jovens masculinos para fins sexuais.

Para ilustrar que o relatado décadas atrás ainda ocorre, nos autos de uma execução penal que tramitou no estado de São Paulo⁶⁵, referente a uma condenação por tráfico de entorpecentes, em razão da apreensão de 6,27 gramas de substância proibida, com prisão em flagrante datada de janeiro de 2019, vê-se que a pessoa presa, primária e sem antecedentes, cumpriu, integralmente no regime fechado, uma condenação de um ano e oito meses de reclusão, quando sequer deveria ter tido uma pena privativa de liberdade contra si.

Além dos erros sobre uma prisão preventiva que não deveria ter sido decretada e uma condenação que deveria ter sido em pena restritiva de direitos, percebe-se que ela não conseguiu progredir de regime porque, ao alcançar o lapso temporal para a progressão, a unidade prisional informou acerca de uma suposta falta disciplinar grave,

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo de Execução número 0010745-97.2019.8.26.0996, folhas 45 e seguintes*. Juiz de Direito: Paulo Gustavo Ferrari. Julg: 21/09/2020. Disponível: portal e-saj.

ocorrida em janeiro de 2020 (isto é, em data posterior às duas progressões que ela poderia ter tido, se tivesse progredido na época certa, em abril e julho de 2019).

A conclusão da sindicância, enviada pela unidade em março de 2020, indicava que a falta cometida era a prevista no art. 50, VI⁶⁶, c/c art. 39, II⁶⁷, ambos da LEP, isto é: teria havido desobediência ao servidor.

Ora, alguma pessoa que observa a lei pode entender que agente penitenciário tenha dado alguma ordem, como por exemplo, “vá a algum lugar”, “faça determinada coisa”, “não saia daí”, “sente-se”, “fique em pé”, “limpe sua cela” etc. e que essa ordem tenha sido desrespeitada. Não foi o caso.

A unidade prisional havia notado tatuagens recentes em seu corpo, em razão de vermelhidão e pele descascando e, como se tatuar seria vedado de acordo com o regulamento da unidade – que não se sabe, ao certo, se é um documento que toda pessoa tem acesso dentro da unidade e, assim, conhecimento sobre essas regras -, houve desobediência ao servidor (ainda que não haja uma pessoa definida que tenha sido desrespeitada).

Com o período de reabilitação superior ao tempo de pena a cumprir, ela cumpriu a totalidade de sua pena no regime mais gravoso existente.

Dessa maneira, mesmo que o chamado “requisito subjetivo” tenha um critério fixo, qual seja, o bom comportamento atestado pela ausência de faltas ou sua reabilitação, percebe-se o quanto longe estão as pessoas presas de receberem tratamento isonômico.

Outra falha no tratamento isonômico pode ser vista com a arbitrariedade que é imposta para os pedidos de exames criminológicos, não obstante a Súmula 439 do STJ exigir fundamentação no caso concreto, como já colocado em tópico anterior.

O requisito objetivo, por sua vez, mudou bastante nos últimos anos.

Inicialmente (a partir de 1984), exigia que fosse cumprido 1/6 da pena para que a progressão de regime fosse pleiteada em juízo.

Em 2007, houve a primeira mudança (que afetou o cumprimento de penas originadas por fatos ocorridos a partir de 29 de março daquele ano): a Lei 8.072/90⁶⁸ (que versa sobre crimes hediondos) foi alterada para trazer regra diferenciada para a progressão

⁶⁶ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

⁶⁷ Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se.

⁶⁸ BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm Acesso em 29 jun. 2023.

de regime desses crimes e, a partir de então, para pessoas primárias, o lapso exigido de cumprimento era 2/5 e, para reincidentes, 3/5.

Nota-se que a mesma lei de 2007 tentou exigir que o regime inicial de qualquer crime hediondo fosse em regime fechado, o que foi declarado inconstitucional⁶⁹, em razão da inobservância ao princípio da individualização da pena.

No fim de 2018, houve a primeira alteração de prazos no artigo 112 da LEP, buscando solucionar o problema do hiperencarceramento de mães e tendo como motivo principal o cuidado no melhor interesse da criança e da pessoa com deficiência, nos termos da legislação internacional adotada pelo Brasil, como as já mencionadas Regras de Bangkok.

Foi criada uma fração especial para progressão, de 1/8, para alguns casos bem específicos: mulheres primárias, gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, contra seu filho ou dependente, não ter integrado organização criminosa e, como sempre, ter bom comportamento. Sendo uma fração mais benéfica, pode ser aplicada para fatos ocorridos antes ou depois da lei, sem distinção.

Observe-se que essa alteração ocorreu como consequência do *Habeas Corpus* 143.641⁷⁰, que versava justamente sobre mães no cárcere. Tanto a decisão no referido HC como a lei não colocaram nenhum óbice para crimes hediondos.

Além disso, o próprio voto do ministro relator do referido HC, Lewandowski, traz a seguinte informação:

Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico” (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. Prisioneiras: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002).

⁶⁹ “É inconstitucional a fixação ex lege, com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”. Tese fixada em sede de Repercussão Geral no ARE 1.052.700, julgado em novembro de 2017.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 143.641 (número único: 0004590-38.2017.1.00.0000). Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 29 jun. 2023.

Independentemente do estudo usado na fundamentação da decisão do *habeas corpus* refletir a realidade ou ter, por alguma maneira, os números mascarados, o ponto central ali debatido é que a decisão busca diminuir o encarceramento de gestantes e mães que foram presas por delitos cometidos sem violência.

Assim, entende-se que a fração de 1/8 é plenamente cabível nesses casos. Nem mesmo a condenação do artigo 35 da Lei de Drogas (que é diferente do crime de organização criminosa) é óbice para sua aplicação⁷¹.

Outra observação sobre a fração de 1/8 é que, diferentemente da fração de 1/6 prevista no *caput* original do artigo 112 da LEP e de 2/5 ou 3/5 previstas na lei de crimes hediondos, que foram expressamente revogadas pela Lei 13.964/19, o legislador não revogou §3º, estando ainda válida essa fração especial para mulheres gestantes, mães e responsáveis.

A crítica que se tem a este dispositivo é em relação a quebra de isonomia – isso não significa dizer, no entanto, uma crítica para que a fração deixe de ser aplicada a essas mulheres: O que se deve buscar resolver é o cuidado com crianças e pessoas com deficiência que têm apenas um único responsável homem, de forma que, preenchidos os demais requisitos, tal fração também deverá ser a ele aplicada.

Com a Lei 13.964/19⁷², os requisitos objetivos para a progressão de regime foram mais uma vez alterados, trazendo, na maioria dos casos, uma maior severidade – motivo pelo qual a lei não pode retroagir para fatos praticados antes de 23 de janeiro de 2020, em respeito ao princípio da legalidade que exige uma lei prévia para a sanção ser aplicada.

Valois (2021, a, p. 195) afirma que a alteração trazida no fim de 2019, sendo mais um produto legislativo populista, agravou ainda mais a falta de coerência do sistema. Ele explica que

já não tínhamos estabelecimentos penais para penas de um sexto e dois quintos no regime fechado e a nova lei cria prazos de 16, 20, 25, 30, 40, 50, 60 e 70 por cento para a progressão de regime. Um despropósito, criar diversos tipos de pena para serem cumpridas nos mesmos estabelecimentos penais, piorando o nível de desigualdade e de desorganização.

⁷¹ “Em respeito ao princípio da taxatividade, o inciso V do §3º do art.112 da LEP deve ser lido como o crime previsto na Lei 12.850/2013, e não como uma expressão genérica.” HC 522.651, Min. Rel. Laurita Vaz, Sexta Turma, v.u., j. 04/08/2020.

⁷² BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 29 jun. 2023.

Em dois casos das novidades trazidas por esta alteração legislativa, no entanto, houve melhoras que devem retroagir:

No caso de pessoas primárias que tenham sido condenadas por crimes sem violência à pessoa ou grave ameaça, isto é, condenações por furto, receptação, estelionato, uso de documento falso, dano e o chamado tráfico “privilegiado” (com a aplicação da causa de redução de pena, que tira a hediondez do tráfico comum⁷³), o prazo que antes deveria ser de 1/6 da pena passou a ser 16%. Pode parecer insignificante a diferença em um primeiro momento, mas, a depender do *quantum* da pena total, pode ser de vital importância (especialmente quando se tem em mente que cada noite que se dorme em uma prisão é uma noite que nunca mais poderá ser devolvida para quem cumpre pena).⁷⁴

Outra alteração que deve retroagir (dessa vez com uma diferença gritante nos cálculos da pena) é em relação aos crimes hediondos cometidos por pessoas reincidentes, porém sem ter a reincidência específica em crimes hediondos (por exemplo, a pessoa tem uma condenação por furto ou por tráfico com aplicação do redutor e, depois do processo referente ao primeiro crime ter transitado em julgado, comete outra infração, agora hedionda ou equiparada. Antes da alteração ocorrida em 2019, a fração de 3/5 era aplicada. Agora, em razão de uma lacuna na nova redação da lei, deve-se aplicar a porcentagem de 40% (que é a mesma coisa que 2/5). Apesar de parecer um equívoco da equipe legislativa, Junqueira (2021, p. 22) afirma que

a mudança no texto da lei é salutar e privilegia a proporcionalidade. Não fazia sentido que o sujeito condenado por mera lesão culposa ou furto privilegiado

⁷³ O próprio artigo 112 da LEP, em seu §5º, afirma que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 233 de agosto de 2006”

⁷⁴ Dentre situações que podem ser encontrados na mídia, há uma ocorrida durante a produção deste trabalho que serve de exemplo: em 25 de maio de 2021, no julgamento do HC 635472, a Sexta Turma do STJ negou, por maioria de votos, a substituição de prisão preventiva por domiciliar, apesar de atuação exaustiva de sua defesa para demonstrar o quanto a vida daquele paciente estava em risco. O voto divergente, do Ministro Olindo Menezes (desembargador convocado), acompanhado pelo Ministro Sébastião Reis Júnior, assim constou: “Não sei o que o sistema vai ganhar, em qualquer sentido, mantendo (...) presa uma pessoa com 83 anos, numa cadeira de rodas, com 9 comorbidades e até com problema de início de demência mental. Se o paciente for posto em prisão domiciliar e melhorar, pode voltar para a prisão, mas se ele morrer na prisão, não podemos fazer mais nada, a não ser lamentar (...) a solução de melhor explicação é conceder a prisão domiciliar, porque ela não é uma situação irreversível. Irreversível, sim, será se o preso vier a morrer. Sua vida está em risco!”.

Poucos dias depois, ele começou a ter sintomas de Covid-19, foi levado ao hospital em 31 de maio, e veio a óbito em 27 de junho de 2021. Em nota, seus advogados Renê Siufi e Tiago Bunning Mendes assim se manifestaram: “Viveu seu último dia de vida preso em uma cama de hospital de uma UTI, entubado, inconsciente e sem qualquer familiar ao seu lado. Recebeu uma pena de morte sem sequer ser condenado. Daqui alguns anos ninguém acreditará que isso aconteceu no Século XXI, em um Estado Democrático de Direito, onde não se admite a pena capital e a lei garante a prisão domiciliar a quem possui doença grave ou tem mais de 80 anos, justamente para evitar a morte, porque o Estado pode tirar a liberdade de qualquer pessoa, mas não deve tirar a vida de ninguém”. Disponível em <https://tinyurl.com/TragediaAnunciada>, acesso em 07 ago. 2021.

pudesse sofrer tamanho incremento no requisito temporal para a progressão (20%) em futura condenação por crime hediondo.

Isso porque as porcentagens mais severas exigem a reincidência naquele tipo específico de crime: a fração de 70% só será aplicada se a pessoa tiver uma condenação de crime hediondo com resultado morte e, após o trânsito em julgado, praticar novamente um crime hediondo com resultado morte; o lapso de 60% (equivalente aos 3/5 de antes) exige a reincidência de crime hediondo com um novo crime hediondo e a fração de 30% exige reincidência de crime cometido com violência ou ameaça mais um novo crime com violência ou ameaça.

As frações que devem ser cumpridas, então, em casos de crimes cometidos a partir de 23 de janeiro de 2020, podem ser assim esquematizadas, sempre lembrando que a reincidência da pessoa condenada deve ser específica no exato grupo, ou será aplicada a fração como se primária fosse:

		P	R
		P	R
Crime comum	Sem violência à pessoa ou grave ameaça	16%	20%
	Com violência à pessoa ou grave ameaça	25%	30%
Crime hediondo ou equiparado	Sem resultado morte	40%	60%
	Com resultado morte	50%	70%
Tipos específicos	Exercício de comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado	50%	50%
	Constituição de milícia privada	50%	50%

Tabela elaborada pela autora.

Uma observação curiosa trazida por Junqueira (*ibidem*) é em relação à fração de 60%, prevista para aquela pessoa reincidente em crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, mas que, sendo ela líder de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado, ainda que reincidente, terá que cumprir apenas

50% da pena antes de pleitear a progressão, tendo em vista o conflito aparente de normas a ser solucionado pela regra da especialidade.

No entanto, haveria uma violação ao princípio da proporcionalidade e da isonomia, em caso de corréus em que o líder teria uma espécie de vantagem em relação aos não-líderes, como explicado por ele (*ibidem*):

Ora, teríamos então situação em que, condenados cinco integrantes de organização criminosa para a prática de crimes hediondos ou equiparados, todos reincidentes específicos, o comandante teria que cumprir apenas 50% da pena para progredir, pois incidiria na previsão especial da alínea b ora estudada, enquanto os comandados, 60%, o que é desproporcional, inaceitável. A única solução possível (dado que não se admite incriminação ou apenação a maior sem expressa previsão legal) será a interpretação conforme do dispositivo para permitir que todos os condenados reincidentes específicos em crimes hediondos, e ora condenados pelo crime de associação criminosa para a prática de crimes hediondos, possam obter a progressão após o cumprimento de 50% da pena, quer sejam comandantes ou não. Ficaria afastada, para os condenados reincidentes específicos pelo crime de organização criminosa para a prática de crimes hediondos, a exigência de 60% da pena, comum aos demais crimes hediondos.

Observa-se, no entanto, que a falta de isonomia e proporcionalidade não se resume apenas para as pessoas condenadas por crime de associação criminosa.

Ora, uma pessoa que, após ter tido uma condenação transitada em julgado pelo crime de tráfico de drogas (equiparado a hediondo), é novamente condenada pelo mesmo crime (novamente equiparado a hediondo), terá que cumprir 60% do tempo de pena para pleitear sua progressão de regime, ainda que tenha agido sozinha e em situações pontuais e esporádicas em sua vida, sem uma estrutura organizacional auxiliando suas condutas. Por outro lado, como visto acima, aquela pessoa líder de organização criminosa (pela literalidade da lei) ou mero integrante (pela interpretação conforme), terá que cumprir 50% da pena, de modo que situações mais gravosas são tratadas de forma menos severas.

Por fim, em relação aos aspectos legais e administrativos da progressão de regime, é importante observar mais dois pontos que já eram consolidados pela jurisprudência e que foram positivados, conforme trazidos por Junqueira (*idem*, p. 23): a não hediondez (ou sua equiparação) do chamado tráfico privilegiado. Para o autor,

a previsão é salutar diante da imensa rebeldia das instâncias inferiores, que insistem em contrariar entendimentos pacificados e sumulados dos Tribunais Superiores, provocando proliferação de recursos e ações impugnativas. Com a previsão legal expressa, é possível que tal insegurança jurídica seja amainada.

E, também, a interrupção da contagem de prazo para a progressão de regime quando da ocorrência de falta disciplinar grave, repetindo o que já havia sido sumulado pelo STJ.

2.3 A reforma legislativa de 1984 e a evolução da lei a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Cavalcanti (2007, p. 363) diz que a reforma legislativa de 1984 fez com que a execução penal no Brasil se pautasse na “prevenção do crime e tratamento do delinquente, bem ao estilo do movimento da Nova Defesa Social”. Os alicerces ideológicos desta escola que embasaram a redação de diversos artigos da LEP, como os que tratam das classificações e observação dos condenados, faltas e recompensas disciplinares, progressão de regime, entre outros.

Para Mendes e Martínez (2020, p. 154), é criticável a conexão existente entre a política penal adotada nos estabelecimentos penais brasileiros e a Ideologia da Defesa Social, pois “a separação entre bons e maus permite o discurso de que para combater esse suposto mau, tudo é válido, até colocar mulheres sentadas seminuas em formigueiros”.

Como se depreende pelo que já foi trazido nos capítulos anteriores, a legislação que cuidava do cumprimento de pena, antes mesmo da redemocratização, já tinha uma intenção declarada de ressocialização, o que se mantém até os dias de hoje.

Com a elaboração da LEP, esse objetivo ficou ainda mais evidente, já sendo indicado que ele não seria alcançado sem que fosse garantido o mínimo respeito às pessoas que cumprem pena. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, o respeito à dignidade da pessoa humana passou a ser uma peça-chave que deve servir de filtro para interpretar qualquer legislação que já existisse antes de sua existência e, ainda, que também deve funcionar para coibir a criação de novas leis que não respeitem o mínimo existencial do ser humano.

2.4 As mudanças promovidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”)

Mendes e Martínez (2020, p. XIV) afirmam que, apesar de o Brasil ser regido por uma Constituição Garantista, sua política criminal está voltada “ao combate simbólico da criminalidade a qualquer custo, nos exatos moldes do *Law and Order*”, e seguem dizendo que

vivemos um tempo em que mesmo lotadas as prisões, nas quais sabidamente imperam condições intoleráveis definidas como o ‘inferno de Dante’ por

integrantes de nossa mais alta Corte ao assentar o ‘estado de coisas inconstitucional’ no sistema carcerário brasileiro, vigora um sentimento social generalizado que demanda o recrudescimento penal com a criação de novos tipos penais, penas cada vez mais duras e a construção de novos e mais fortificados estabelecimentos prisionais.

As autoras citam Carvalho para dizer que as concepções político-criminais em vigor encontram espaço no senso comum, especialmente através da midiatização. Sobre isso, Corcioli Filho (2013) afirma que

Se o achismo do leigo, exercitado nas conversas de bar, pode até ser tomado, sob certo aspecto, como algo positivo, uma vez que contribui para a sociabilidade do ser humano, de outro lado tem-se que a coisa começa a complicar quando se verifica que as discussões políticas em suas searas autênticas da democracia representativa e até mesmo a técnica jurídica estão contaminadas pelo mais absoluto desconhecimento das bases científicas necessárias a informar um juízo racional acerca do tema da criminalidade.

Apesar de ser reprovável que decisões e grandes mudanças legislativas possam ser colocadas em prática em razão do chamado “achismo”, algumas das mudanças trazidas na Lei 13.964 de 2019 talvez tenham sido fundamentadas nesta linha de pesquisa.

Mendes e Martínez (2020, p. 159), após discorrerem sobre o princípio da proibição do retrocesso e considerando o estado de coisas inconstitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal – conforme será abordado no tópico seguinte – e o déficit de quase trezentas mil vagas no sistema prisional, se perguntam: “em que sentido o Pacote Anticrime veio para, ao menos, reduzir essa realidade diariamente destruidora de corpos e mentes, totalmente inaceitável dentro de um Estado Democrático de Direito?”.

Junqueira, Vanzolini, Fuller e Pardal (2021, p. 6), ao apresentarem sua obra sobre as alterações trazidas pela lei que entrou em vigor em janeiro de 2020, contam um pouco do histórico desta lei, que não trouxe apenas dispositivos sugeridos pelo então ministro da justiça Moro (projeto de lei 10.372/2018)⁷⁵, mas que também somou esforços anteriormente empreendidos por uma comissão que havia trabalhado em “um anteprojeto de lei sobre o combate ao tráfico de drogas e armas no país”. Segundo os autores,

o foco do projeto foi o recrudescimento do tratamento à criminalidade violenta, por um lado, e, em contrapartida, um tratamento mais rápido e brando aos crimes leves e não violentos, evitando o processo e o encarceramento, com a criação do acordo de não persecução penal, desafogando as Varas Criminais e evitando a pena de prisão nesses casos. Além disso, havia também a preocupação quanto ao investimento em inteligência e melhora na investigação, com a criação, por exemplo, da regulamentação da cadeia de custódia da prova, antes inexistente no Brasil.

⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 10372/2018. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170> Acesso em 29 jun. 2023.

Junqueira comenta cada artigo modificado na LEP, bem como os artigos do Código Penal, também alterados, que versam sobre o limite de cumprimento de tempo e livramento condicional, isto é, matérias que afetam a execução da pena.

Logo no primeiro item analisado (*idem*, p. 10), é feita a crítica sobre a falta de justificativa empírica para a ampliação do limite de trinta para quarenta anos, previsto no artigo 75 do Código Penal. Junqueira afirma que a constitucionalidade desta alteração pode ser questionada em razão do desrespeito ao princípio da vedação de retrocesso e ainda faz os seguintes questionamentos:

qual o índice da reincidência daquele que cumpre 30 anos ininterruptos de pena? Qual foi a variação da expectativa de vida daquele que cumpre 30 anos ininterruptos de pena em uma penitenciária brasileira? Sem resposta a tais perguntas, e com o poder dissuasório da ameaça da pena contestado por inúmeros estudos estatísticos, a única justificativa para a alteração no máximo da pena é o populismo penal.

Como ilustração, imaginar que um potencial criminoso aceitaria passar 30 anos preso, mas desistiria da empreitada criminosa após perceber que o limite máximo da pena passou para 40 anos, é argumento ilusório e populista, desrido sequer de verossimilhança.

A ausência de estudo para a alteração de dispositivos dessa natureza pode ser corroborada ao analisar o Projeto de Lei 2403/2019⁷⁶ que, mesmo depois da entrada em vigor da Lei 13.964/2019⁷⁷, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 31 de maio de 2021⁷⁸, ampliando o tempo máximo de cumprimento de pena para cinquenta anos.

Ora, se depois de elaborado um projeto visando aumentar o tempo máximo, outro texto legislativo foi aprovado – e entrado em vigor – com teor parecido, deve-se observar se tal medida alcançará o objetivo esperado, ainda que parcialmente. Apenas aumentar, ano após ano, os períodos – sejam de cumprimento máximo de pena, sejam os prazos para progressão de regime – não permitirá que os próximos legisladores entendam onde houve erro e onde houve acerto, para que a legislação possa ser realmente aperfeiçoada.

⁷⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 2403/2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198621> Acesso em 29 jun. 2023.

⁷⁷ BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 29 jun. 2023.

⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/noticias/562383-proposta-amplia-de-30-para-50-anos-o-limite-do-tempo-de-prisao/> Acesso em 01º jan. 2023.

Mesmo o período máximo de trinta anos, ainda vigente para crimes praticados antes da vigência da nova lei, era desprovido de um estudo sério. Mendes e Martínez (2020, p. 10), após apontarem que

A intervenção penal jamais pode ser considerada um fim em si mesma, tampouco se mostrou até hoje uma forma de redução da criminalidade. Daí porque mesmo a previsão [anterior] constante do Código Penal segundo a qual “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos” (artigo 75) já se mostrava menos como a característica de uma sociedade civilizada do que como uma promessa de segurança aos ditos “cidadãos de bem” pela imposição de sofrimento e dor aos considerados “outros”,

também criticam a nova redação da lei (*idem*, p. 11), entendendo que esta nova redação “oculta, sob o manto higienista e securitário, um projeto de institucionalização, diferenciação estigmatizante e desrespeito à humanidade.” E seguem dizendo que, no fundo, essa nova redação é “um atentado à integridade física, psíquica e moral das pessoas presas em um franco retrocesso não admitido por nosso Texto Constitucional e por todas as normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário.”

Fazendo uma conexão com a maneira que a Corte Interamericana de Direitos Humanos lida com a temática das penas ilícitas, as autoras (*idem*, p. 13) enfatizam que “a lógica jurídica racional é, portanto, [abreviar] o tempo de pena, jamais estendê-lo! De modo que a regra que aumenta o limite de cumprimento de pena para 40 anos no Brasil é dispositivo inconstitucional, maculador da convencionalidade.”, sublinhando a expressão “abreviar”, que é ponto central do combate às penas ilícitas.

Seguindo nos comentários das mudanças no Código Penal, Junqueira (2021, p. 11) entende não existir mudança substancial na prática, com a alteração do inciso III do artigo 83,

pois o livramento condicional sempre foi visto com especial cuidado nos tribunais, e seria excepcional sua concessão para o preso que não ostentasse bom comportamento carcerário, mesmo na vigência da lei antiga, que exigia, na letra da lei, apenas “satisfatório” comportamento.

E, ainda, ele adiciona ser o prazo de doze meses o comum, nas legislações estaduais, para a reabilitação das faltas graves, de modo que ninguém alcançaria o bom comportamento antes de depurado esse prazo.

Para Junqueira (*ibidem*), no entanto, a nova redação deveria ser lida como benéfica à pessoa em cumprimento de pena, já que “é possível concluir que o prazo de reabilitação das faltas graves não pode ser superior a 12 meses, nem mesmo no caso de cumulação de faltas.”, além de frisar que faltas praticadas em data anterior aos doze meses antes da análise dos requisitos para o livramento condicional deveriam ser

desconsideradas, já que “o legislador fez questão de assinalar que apenas as faltas praticadas nos últimos 12 meses podem obstar o livramento condicional” e que isso traria segurança jurídica, afastando a arbitrariedade que costuma ser vista nas análises desses pedidos.

Essa também foi a interpretação dada por Mendes e Martínez (2020, p. 14), que entendem que a expressão anterior – “comportamento satisfatório” – acarretava “aplicação discricionária de um direito que possui natureza de direito público subjetivo, sendo, portanto, obrigatória a concessão sempre que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos.” Elas afirmam que a nova redação se aproxima da chamada “discricionariedade efetivamente vinculada”, isto é, minimiza a margem de discricionariedade para realizar a análise dos requisitos, pois atribui ou reforça critérios objetivos (como a definição de um prazo específico sem o cometimento de faltas disciplinares).

No entanto, Junqueira (2021, p. 11) afirma que este não tem sido o entendimento majoritário do STJ, trazendo como exemplo o julgamento do HC 564.292⁷⁹, de junho de 2020, em que o Ministro Paciornik determinou que “Não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado”.

É importante também trazer a observação de Mendes e Martínez (2020, p. 15) sobre o que é um bom comportamento ou comportamento satisfatório nas prisões brasileiras, em razão das já conhecidas condições desumanas ali encontradas: elas afirmam que a interpretação dessas duas expressões deve ser de um “comportamento regular, aceitável” e não obrigatoriamente um “comportamento livre de mácula, impecável”, citando Renato Marcão que afirma que o ambiente prisional é “sabidamente de difícil convivência”, não sendo possível exigir mais do que um “comportamento ao menos satisfatório”.

O último comentário sobre alterações do Código Penal é em relação à alteração no artigo 112, que inovou ao proibir o livramento condicional para pessoas primárias condenadas por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, além de alterar,

⁷⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus 564.292/SP. 5^a Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Josimar Nunes da Costa. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julg. 16/06/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000511483&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso 29 jun. 2023.

significativamente, os percentuais necessários para serem cumpridos antes de poder pleitear a progressão de regime.

Junqueira (2021, p. 12) traz a crítica a essa alteração por ela eliminar um mecanismo de individualização da pena e um instrumento de integração social, apontando que o legislador não quis afrontar o STF, que já havia vedado o regime integral fechado em caso de crimes hediondos, mas ainda assim parece ter violado os princípios de individualização e humanidade das penas, ao colocar o percentual de 70% (setenta por cento) de pena para ser cumprida para progredir de regime, parecendo ter desconsiderado que “a gravidade do crime já tem reflexo na quantidade da pena”.

Na segunda parte do capítulo escrito por Junqueira são feitos os comentários às alterações trazidas de fato à lei específica de execução penal, iniciando pelos artigos que versam sobre identificação e exclusão do perfil genético. Sobre esse ponto, o que afeta a presente pesquisa é o §8º do art. 9º-A, que fala sobre a tipificação de falta grave o procedimento de coleta de dados genéticos ser recusado pela pessoa condenada.

Junqueira (*idem*, p. 16) explica que alguns tribunais já interpretavam essa recusa como falta, “sob o larguíssimo rótulo de desobediência, que não era, evidentemente, suficiente, tanto que providenciada a alteração da lei” e defende que a recusa não poderia ser considerada falta, em respeito o privilégio da não autoincriminação. Em suas palavras:

Apesar de travestida de meio de identificação, a coleta de material genético é indisfarçável meio de prova, mormente se considerarmos que não há motivo para incrementar as formas de identificação do condenado que está preso. Ora, se já condenado e preso, está suficientemente identificado, sem dúvida, e a coleta só se justifica racionalmente para o incremento de um banco de dados que sirva como fonte de prova para infrações futuras. Podemos concordar ou discordar da opção política de consagrar no ordenamento o privilégio da não autoincriminação, mas está previsto na Constituição, e deve ser respeitado.

Mendes e Martínez (2020, p. 175) também questionam a violação do princípio da não autoincriminação, dizendo que o “novo dispositivo sujeita a pessoa que cumpre pena a um verdadeiro somatório de violações de direitos humanos”, explicando que colocar a recusa do exercício do direito a não autoincriminação no rol de faltas graves causa diversos prejuízos para a pessoa em cumprimento de pena, como a possibilidade de regressão de regime e perda de dias remidos por estudo e trabalho.

As autoras ainda mencionam (*idem*, p. 173) lição de Roig sobre este novo dispositivo que “atenta ao direito à intimidade e caminha na contramão da Convenção Americana de Direitos Humanos”. Ainda, elas ressaltam que a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que a lei deve proteger cada ser humano de interferências e

ataques em sua vida privada, mas que a própria lei, neste caso, viola as normativas de proteção aos direitos humanos dos órgãos internacionais.

Por fim, sobre o tema do banco de dados genéticos, elas trazem (*idem*, p. 175) orientação de Brito, ao afirmarem que

um banco de dados que não pretenda ser simplesmente máquina de catalogação do “etiquetados” e reprodução de discriminação, necessita ter caráter universal. Portanto, assim como atualmente existe a identificação papiloscópica, pela qual todos(as) são submetidos(as) na identificação civil, existe a possibilidade de criação de um banco universal de amostras de DNA.

Em novo tópico, Junqueira (2021, p. 18) aborda a nova regulamentação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), sendo crítico em relação ao descompromisso com o princípio da presunção de inocência para transferir uma pessoa de estabelecimento comum para o RDD. Ele discorda da “insistência do legislador em dispensar provas e permitir a tomada de decisões sempre lastreadas em indícios, como que admitindo a incompetência do Estado em providenciar provas, substituindo, enfim, a eficiência na produção de provas pela suficiência de indícios.”

Para Mendes e Martínez (2020, p. 164), além de decisões baseadas puramente em indícios, é digno de repúdio o fato de que há um evidente desrespeito ao princípio da individualização da pena ao se permitir aplicar uma medida tão extrema, de forma cautelar, tendo como base tão somente o delito em abstrato pelo qual a pessoa foi condenada. Elas acrescentam (*idem*, p. 165) que o princípio da culpabilidade “veda a imposição de juízos negativos sobre” a pessoa presa, “sem que haja vinculação com fatos concretos, pois essa conduta se alia a culpabilidade do autor e não culpabilidade do fato” e que isso seria um “resgate do direito penal do autor, incompatível com o Estado Democrático de Direito”. As mesmas autoras (*idem*, p. 166) também apontam o desrespeito do legislador ao princípio da presunção de inocência, pois os argumentos de “alto risco para ordem e segurança” e “sob quem recaiam fundadas suspeitas” seriam “expressão de um direito penal que se pretende ao exercício de futurologia”.

Elas traçam (*idem*, p. 180), ainda, um paralelo do RDD com o conceito de Ideologia da Defesa Social de Baratta. Para elas,

Enquanto Baratta nos fala de um Direito Penal que vende o discurso de uma sociedade separada entre “bons” e “maus”, e que, portanto, sob essa pequena parcela de indivíduos que coloca em risco toda a comunidade, deveria o sistema penal atuar. Neste sentido, não é absurdo pensar, principalmente no modelo cautelar, que a implementação do RDD, trata-se da separação entre os “maus” e os “mais maus ainda”, marcando esses indivíduos como perigosos.

Ainda, Junqueira (2021, p. 18) menciona a drástica alteração no limite temporal da medida, anteriormente possível de ser aplicada por até 360 dias, com a prorrogação limitada a um sexto da pena aplicada, que agora é de até dois anos, podendo ser reaplicada, sem limite, por nova falta grave, o que reforça a já discutida tese de que o RDD afronta os mandamentos constitucionais e convencionais que vedam penas cruéis e desumanas.

Nas palavras de Veiga e Neves (2020, p. 442), isso significa que “a mais cruel e restritiva das sanções em face do cometimento de uma falta disciplinar grave se tornou ainda mais rigorosa”.

As autoras ainda sublinham a violação aos direitos da dignidade humana e da vedação à tortura, indo contra a recomendação do Comitê contra Tortura da ONU, que afirma que isolamento por mais de quinze dias pode trazer danos irreversíveis para o ser humano⁸⁰, violando as regras 43 e 44 de Mandela⁸¹ que, como já mencionado em tópico anterior, apesar de serem apenas *soft law*, não podem ser ignoradas.

No entanto, Miranda (2021, p. 100) explica que, apesar dessas inúmeras críticas fortes ao RDD – “por se tratar de medida desproporcional, cruel e degradante, que viola a humanidade das penas, a dignidade da pessoa humana e a função ressocializatória da pena” –, o STF já o declarou constitucional em algumas ocasiões”.

Valois (2015, p. 108) explica que em razão do cumprimento de RDD em penitenciárias federais, muitas pessoas são transferidas para outras unidades da federação, afastadas “do local original de cumprimento de pena, o que por si só se torna um acréscimo de punição, pois o apenado passa a ter que ficar longe da família” mas segue dizendo (*idem*, p. 109) que isso não faz melhorar a segurança pública, tendo em vista que os “presos acabam, nas penitenciárias federais, se fortalecendo, criando laços entre

⁸⁰ Parecer do Relator Especial das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes Juan E. Méndez, de 20 jun. 2013, na ADI 4162. Recuperado em 27 jun. 2023, de https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/SRTorture/ParecerMendez_sp.pdf

⁸¹ Regra 42: As condições gerais de vida expressas nestas Regras, incluindo aquelas relacionadas à iluminação, à ventilação, à temperatura, ao saneamento, à nutrição, à água potável, à acessibilidade a ambientes ao ar livre e ao exercício físico, à higiene pessoal, aos cuidados médicos e ao espaço pessoal adequado, devem ser aplicadas a todos os presos, sem exceção.

Regra 43 1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos. 2. Instrumentos de imobilização jamais devem ser utilizados como sanção a infrações disciplinares. 3. Sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restrinido por um prazo limitado e quando for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

Estados, e aquele que era só um xerife de raio ou pavilhão em seu Estado, pode voltar da penitenciária federal verdadeiramente um líder do crime organizado”.

Ainda sobre o RDD, vale mencionar a descrição encontrada no texto de Tejada (2016, p. 2), citando o Relator Especial da ONU para Tortura:

Na prática, as celas destinadas ao regime de isolamento em geral possuem características comuns: localização separada ou distante do resto da unidade penitenciária; janelas pequenas ou somente ventilação; ar abafado; aspecto sombrio e cores apagadas; móveis feitos com papelão endurecido ou outros materiais invioláveis atrelados ao chão; e espaços ou pátios pequenos e pouco aproveitáveis destinados à prática de exercícios.

Seguindo com os comentários das mudanças trazidas pela lei “anticrime”, Junqueira (2021, p. 18) menciona a redução da previsão de visita semanal para quinzenal e afirma que a instalação adequada para impedir contato físico e passagem de objetos é ônus exclusivo do Estado, de modo que se determinado estabelecimento não contar com a estrutura adequada, a pessoa presa não pode deixar de receber visita com a justificativa da ausência de instalação.

Deve-se ter em mente que o direito à visita não é apenas um direito da pessoa presa em manter contato com o mundo exterior, mas um direito da pessoa que não foi condenada – e, por isso, não deve sofrer sanção em razão de seu ente querido estar sendo processado ou ter sido condenado – possui de se relacionar com a pessoa que ela quiser, esteja essa pessoa em liberdade ou não.

Mendes e Martínez (2020, p. 178) apontam que a previsão pela lei do contato telefônico (duas vezes por mês, por dez minutos) para a pessoa que não receber visita por seis meses é desproporcional. Para as autoras, a localização geográfica dos presídios costuma ser de difícil acesso, de modo que não é simples seu acesso para visitas e, assim, deixar a pessoa que está “privado não só do mundo externo, mas também de praticamente qualquer interação humana” com um rápido contato telefônico de dez minutos “é mais uma vez o distanciamento entre as normas de execução penal e a realidade material do sistema carcerário”, além de transcender a pena aos familiares.

O princípio da intranscendência da pena é mais uma vez violado no RDD por conta da falta de sigilo das correspondências, que deveria ser violado tão somente se houvesse indícios mínimos de que aquela correspondência específica teria conteúdo criminoso. Dessa maneira, qualquer troca de afeto e intimidade passa a ser vistoriada por agentes penitenciários.

Outra alteração no texto legislativo que merece destaque, não por ter trazido uma mudança fática real, mas apenas para mostrar ou a falta de técnica e do conhecimento jurídico do legislador (mais uma vez) ou apenas uma intenção de reforçar o princípio da isonomia, tendo em vista que, ao menos em tese, o legislador não utiliza palavras inúteis, é quando o dispositivo autoriza a colocação em RDD do nacional ou estrangeiro. Ora, sendo assim, pode ser entendido que demais regras sancionatórias se aplicam apenas para pessoas brasileiras?

Em um último comentário sobre o recrudescimento do RDD, Mendes e Martínez (2020, p. 181) afirma que isso “apenas reforça a falência programada do sistema penitenciário, que incapaz de garantir a ordem no interior de cadeias superlotadas e violentamente geridas, transfere a sua própria incompetência para o indivíduo preso.”

Ao prosseguir os comentários das alterações trazidas pela lei 13.964/19, Junqueira (2021, p. 25) traz anotações a respeito das grandes mudanças ocorridas no artigo 112 da LEP, com as inovações em frações exigidas para a progressão de regime que já foram mencionadas em tópico próprio, restando aqui apenas comentar sobre o seu §9º, que não discorre apenas sobre a progressão de regime: este dispositivo veda a progressão de regime para quem for condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa, havendo elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo, mas também veda a obtenção do livramento condicional ou, na letra da lei, “outros benefícios prisionais”.

Além de fazer a crítica indicando a repetição da inconstitucionalidade já reconhecida pelo plenário da Suprema Corte brasileira, Junqueira (*ibidem*) aponta, mais uma vez, a má técnica legislativa:

O que é benefício? É favor? É tudo que de alguma forma beneficia o réu? Uma internação hospitalar é um benefício? O salário pelo trabalho é um benefício? O indulto é benefício, e pode ser limitado por lei, apesar de ser prerrogativa constitucional da Presidência da República? Acreditamos que, por se tratar de lei penal restritiva de direitos, deveria respeitar a taxatividade, e tamanha abertura na expressão ‘outros benefícios prisionais’ deve ser considerada inconstitucional.

Ele acrescenta que, ao exigir prova da manutenção na organização criminosa, isto deveria ser investigado e processado como novo crime – e, então, restaria configurada falta grave – o que já obstaria progressão de regime e livramento condicional, bem como a possível perda de parte de dias remidos e, ao se analisar os decretos de indulto já promulgados, percebe-se que, ainda que não seja uma norma legal, é costumeiro que um dos requisitos para o indulto seja o bom comportamento (ausência de faltas) por

determinado período. De igual teor os comentários de Mendes e Martínez (2020, p. 180) que também entendem como uma violação ao princípio do *non bis in idem*, já que “fundadas suspeitas” deveriam ser noticiadas à autoridade policial e não receber medida disciplinar.

Outro problema apontado por Junqueira (2021, p. 26) é em relação à seletividade penal. Nas suas palavras:

Sob o prisma prático, a aplicação do dispositivo é inviável, pois é notório o domínio das facções criminosas nos presídios brasileiros, dadas as oportunidades fornecidas pela ausência de organização e estrutura dos estabelecimentos prisionais. Negar progressão e livramento condicional a todos os estabelecimentos dominados por facções criminosas resultaria na negativa de tais medidas para a grande maioria dos presos no Brasil, o que levaria ao colapso em poucos meses. O problema é que, diante da inviabilidade de cumprimento do dispositivo, é provável que a escolha daqueles que serão classificados como membros das facções criminosas seja aleatória, e sujeita a critérios (corrupção, mandonismo...) que podem incrementar a violência.

Observa-se que a questão da seletividade penal não fica restrita apenas ao momento da execução da pena, mas é um problema que vem desde muito antes, isto é, do momento em que as agências de segurança precisam escolher onde investir seus recursos humanos e financeiros para patrulhar, investigar e processar.

Mendes e Martínez (2020, p. 154) explicam que, “no Brasil, a escolha desses corpos é marcada na pele negra e pobre. Para estes, o sistema penal segue dando apenas duas alternativas: o caixão ou o cárcere”, além de mencionarem Batista (2003) que explica que a “dupla exclusão, antes e depois da prisão” gera “um ciclo retroalimentativo de segregação e estigmatização”, apontamento também feito por Ramalho (1979, p. 12) ao falar que a sociedade enxerga crime “no fato de estar desempregado, morar na favela, ser umbandista, ou ser analfabeto” e complementa dizendo que isso se reflete na ação policial, pois “sua atividade está voltada acima de tudo para a repressão dos grupos sociais mais pobres, e ver neles características da delinquência lhes dá o ‘direito’ a essa vigilância constante”, colocando as pessoas pobres sempre sob suspeição. O mesmo autor, em outro momento (*idem*, p. 119) traz trechos das entrevistas com pessoas presas que comprovam este ponto, reafirmando que “para a polícia, a pessoa que passou pela prisão ‘pertence ao crime’ definitivamente” e adiciona que, segundo os presos por ele entrevistados,

a perseguição policial aos ex-presos é comum e é considerado como dos principais motivos para o aumento da “reincidência”. A polícia não deixa o ex-presos sair do círculo vicioso do crime e faz questão de estar permanentemente afirmando a condição que, queira ou não, lhe é imposta.

De modo similar, Nicolitt e Lima (2020, p. 137) alertam sobre a seletividade penal afirmando que não se pode “naturalizar a ação do Estado de extermínio da população negra e periférica disfarçada de política de segurança pública”. Ou, ainda, nas palavras de Giamberardino (2020, p. 220), ao indicar que “penas de prisão efetivamente executadas se dão sobre uma pequena parcela dos tipos penais existentes”, explica que isso se dá porque

a seleção que é inerente a este processo implica um direito penal que ‘nos fatos’ se caracteriza pela incidência prioritária sobre sua tradicional ‘clientela’ de jovens desempregados e pobres presos provisórios ou condenados por crimes que - eis o ponto - dificilmente seriam objeto de descriminalização em um eventual consolidação de um ‘direito penal mínimo’ no plano normativo. (sic)

A mesma linha de raciocínio é defendida por Uwai (2020, p. 47) ao dizer que “as estruturas de poder racistas que ditam as leis e o funcionamento de sistemas que matam, encarceram, violentam e deixam morrer sempre os mesmos corpos: negros e pobres” e narra a história de uma sobrevivente do cárcere que, ao sair da prisão, estava com a sensação de que tinha um letreiro em neon sobre sua cabeça dizendo “reeducanda”.

Além disso, a questão da seletividade penal não se limita no tempo e espaço atual do Brasil. Criticando as prisões espanholas do século XIX, um dos pontos sublinhados por Arenal era justamente a seletividade do encarceramento de pobres, conforme relatado por Valois (2021, a, p. 89).

Percebe-se, então, que apesar de o sistema precisar cumprir as leis impostas a ele mesmo para buscar uma harmonia social com a sensação de segurança que é constantemente prometida, essas leis que o sistema deve cumprir – com a preservação da dignidade humana da pessoa sob custódia, por exemplo – não são cumpridas e, para seguir com o discurso que se está tentando melhorar a segurança pública, novas leis são promulgadas se distanciando mais do direito penal do fato, enquanto volta a se aproximar do direito penal do autor.

3. A ATUAÇÃO DE DIVERSOS ENTES NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO PENAL

Inicialmente, é importante fazer uma ressalva neste trabalho. Ainda que em tópicos seguintes sejam abordadas temáticas relacionadas a outros atores e atrizes do sistema penal, entende-se que a atuação da defesa é primordial para a redução (e eventual fim) das disrupturas do sistema legal na execução criminal.

Em palestra proferida em fevereiro de 2023, Silva⁸² mencionou que, recentemente, com o aumento de obras literárias com foco na atuação da Defensoria Pública, também subiu o número de críticas sobre essa mudança de foco, como se agora “tudo fosse sobre a defesa”. Silva rebate dizendo que é essencial que quem atue na defesa prossiga produzindo material focado na defesa, afirmando que se essas pessoas – que atuam nas Defensorias – não escreverem, ninguém escreverá ou, se muito, não escreverá com a perspectiva da Defensoria Pública.

Esse é um dos motivos, portanto, que o recorte deste trabalho é na possível atuação da defesa técnica, sendo feitas também observações que podem e devem ser observadas pelos dois tipos de defesa que se atuam no Brasil: a exercida pela Defensoria Pública e a exercida por advogadas e advogados, ainda que eventualmente de modo voluntário ou de forma dativa.

3.1 A atuação da Defensoria Pública em favor da coletividade

Em relação à defesa executada pela Defensoria Pública, deve-se ter em mente que, além da defesa em processos individuais, a instituição também pode – e deve – atuar de maneira coletiva: realizando as visitas de inspeção⁸³; identificando violações de direitos humanos; ingressando com ações civis públicas, caso seja necessário etc.

Sobre a importância da atuação em processos coletivos em sede de execução penal, abordagem aprofundada pode ser vista no trabalho de João (2021, *passim*). Como colocado por ela, o trabalho destaca “a importância da adoção, pelos órgãos de execução

⁸² SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação Defensiva. Curso ESUDPAM Ensina. Escola da Defensoria Pública do Estado do Amazonas - ESUDPAM 14 de fevereiro de 2023. (informação verbal). Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

⁸³ Conforme previsto na LEP: Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública: (...) Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

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.”

É importante, para que as inspeções possam ser realizadas de forma mais transparente possível, priorizar que elas sejam feitas por profissionais que não atuem rotineiramente naquelas unidades ou cidades, para que o relacionamento com a direção da unidade não seja prejudicado em razão de um relatório que aponte determinadas violações de direitos ou que não obste a propositura de uma ação civil pública para sanar alguma ilegalidade observada⁸⁴, com a naturalização das violências que são rotineiramente vistas por quem atua com frequência naquela unidade ou comarca.

Cacicedo (2022, informação verbal), em curso sobre inspeções de monitoramento de unidades prisionais, trouxe algumas das diretrizes que devem ser seguidas para a realização de inspeção, frisando que elas não podem ser confundidas com meras visitas.

Para ele, não há como ser exigido o aviso prévio acerca da inspeção, sendo necessária a manutenção do elemento surpresa, para que não haja maquiagem de eventuais problemas. Para exemplificar essa importância, Cacicedo relatou uma inspeção realizada juntamente com o CNJ, em que a unidade a ser visitada teria sido avisada com algumas horas de antecedência e, posteriormente, foi averiguado que pessoas que haviam sido torturadas, antes da comunicação da inspeção, foram colocadas em uma ambulância e ficaram circulando pela cidade, para não serem vistas durante a inspeção.

Ele também frisa a importância de que as inspeções sejam realizadas em grupo e que sejam levados instrumentos adequados para que a inspeção seja feita da maneira mais precisa possível, como equipamentos para tirar fotos e fazer vídeos, balança para pesar comida, termômetro para verificar temperatura dos ambientes etc.

Para que alguns destes itens possam ser ingressados nas unidades prisionais, bem como para evitar a negativa de ingresso nesses espaços, ele diz que também é importante haver uma normativa interna forte, da Defensoria Pública, para respaldar o serviço de membros e pessoas servidoras⁸⁵ que fazem a inspeção, como uma resolução do Conselho Superior.

⁸⁴ Como exemplo de ACP que pode ser ingressada, tem-se o processo que tramitou no TJSP, sob o número 1003644-18.2013.8.26.0053, visando garantir banho quente para as pessoas nas unidades prisionais.

⁸⁵ Para além de defensoras/es públicos, é importante, quando possível, o uso de profissionais de outras áreas, como de equipe psicossocial, engenharia, sociologia etc. para que possam ser verificadas questões para além das puramente jurídicas como, por exemplo, se a arquitetura do prédio está em boas condições. Se a própria instituição (Defensoria Pública) não contar com profissionais interdisciplinares, é possível que sejam firmados convênios com conselhos de classes para a atuação em conjunto.

Além disso, ele também frisa a importância que todos os espaços das unidades sejam inspecionados, não podendo ser aceita negativa da direção, justamente para não permitir que pessoas vítimas de violência institucional sejam colocadas em lugar sem acesso pela Defensoria Pública, como em alguma cela mais afastada, por exemplo.

Após a inspeção em si, Cacicedo afirma ser importante que os relatórios sejam publicizados, com a cautela de respeitar os dados sensíveis acobertados pela Lei Geral de Proteção de Dados, mas estimulando a transparência entre a instituição e o resto da população que deveria também ter o acesso intramuros para verificação da manutenção dos direitos⁸⁶, para minimizar a invisibilidade da temática.

Por fim, outro item sublinhado por ele é a importância da continuidade das inspeções, e não sua realização de forma apenas pontual e, para as unidades de federação que ainda não possuem essa rotina, ele afirma que o aprendizado veio na prática: no início, foram feitos diversos estudos teóricos para que fosse desenhado o melhor modelo de inspeção possível, mas só a prática reiterada das inspeções trouxeram a *expertise* necessária para que, atualmente, as inspeções da DPE/SP sejam realizadas de maneira ímpar.

De todo modo, para as unidades que ainda não tenham inspeções regulamentadas, o fundamento jurídico para elas se realizarem pode ser encontrado em normativas já existentes⁸⁷.

⁸⁶ Artigo 81, LEP: Incumbe ao Conselho da Comunidade: 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.

⁸⁷ Sobre o tema, além da integralidade da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, há artigos específicos sobre o tema, tanto na Lei Complementar 80/1994, que trata do funcionamento da Defensoria Pública, como na LEP, como, por exemplo: Lei Complementar 80/94

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) X – 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; (...) XVII – 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;

(...)

Art. 108. (...) Parágrafo único. São, ainda, atribuições dos Defensores Públicos Estaduais: (...) V – atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado.

(...)

Tendo em vista questões de gênero, deve-se priorizar equipes compostas por defensoras e servidoras na ocasião de inspeções em unidades femininas, bem como a participação destas profissionais em inspeções em eventuais estabelecimentos mistos, oportunizando que as mulheres presas possam relatar suas questões com quem se sentir mais à vontade.

3.2 A atuação da Defensoria Pública como guardiã da liberdade

Além da diferenciação dos processos individuais e coletivos, outro item que a atuação da defesa pela Defensoria Pública se diferencia do trabalho da defesa técnica particular é a possibilidade de atuação em processos sem procuração e, em casos específicos, mesmo que haja defesa particular habilitada nos autos.

Ainda que a Defensoria Pública tenha sua principal atuação com pessoas que não contam com o serviço de advocacia privada, sua atuação em sede de execução penal pode ser feita, excepcionalmente, no exercício de sua função de *custos vulnerabilis*, isto é, de guardiã de pessoas vulnerabilizadas. Ou, de forma ainda mais específica, de guardiã da liberdade, em uma espécie de identidade setorial do *custos vulnerabilis* no campo da execução penal, como colocado por Maia (2020, p. 126), mesmo na atuação de processos individuais.

Conforme diz o autor (*idem*, p. 128), a função defensorial de guardiã de pessoas vulnerabilizadas surgiu justamente com a alteração da LEP que incluiu a Defensoria Pública como órgão de execução penal⁸⁸: "os estudos que reconhecem a possibilidade de atuação do membro da Defensoria Pública, mesmo quando os apenados possuam advogados constituídos, podem ser vistos também como germes do que se denominou, em 2014, de *custos vulnerabilis* no Processo Penal".

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: (...) VI – comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus assistidos, ainda quando estes se acharem presos ou detidos, mesmo incomunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento;

LEP: 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. Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

⁸⁸ Art. 61. São órgãos da execução penal: (...) VIII - a Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

Maia aponta (*ibidem*) que ainda antes, em 2009, a alteração na Lei Complementar 80 de 1994⁸⁹, que versa sobre a Defensoria Pública, determinou que uma das funções institucionais deste órgão passasse a ser a defesa dos interesses individuais e coletivos de certos grupos de pessoas, alguns dele explicitamente indicados na lei, como crianças, adolescentes e idosos, e outros colocados de maneira implícita, ao ser indicado “outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”.

Outro ponto apresentado pelo autor (*idem*, p. 134) é que, como órgão de execução penal e, portanto, guardião da liberdade de pessoas em execução definitiva ou provisória⁹⁰, a Defensoria Pública acaba tendo legitimidade, também, para atuar em processos de conhecimento, mesmo naqueles em que haja defesa privada habilitada nos autos, tendo em vista a possibilidade de que estes trarão consequências para os processos de execução penal.

Assim, se alguém está preso preventivamente e a Defensoria Pública toma ciência, por algum meio, de que a sentença condenatória possui ilegalidades, ela pode, em sua função de *custos vulnerabilis*, peticionar no processo de conhecimento para apresentar razões de recurso, por exemplo.

Estudo realizado pelo IPEA, ainda não publicado – o Projeto Janus –, mas com algumas informações obtidas pela Lei de Acesso à Informação pelo canal de notícias g1⁹¹, percebe-se um exemplo evidente de momento em que essa intervenção pode ser feita.

A reportagem indica o problema de prisões realizadas com violação em domicílio e diz que “essa entrada supostamente ilegal, no entanto, foi questionada pela defesa dos réus em apenas 12,9% dos casos”. Nesse exemplo, então, como guardiã da liberdade, a instituição pode intervir, pleiteando a absolvição por nulidade de provas, sem precisar esperar que o processo transite em julgado para que seja feita uma revisão criminal, o que apenas retardaria a colocação daquela pessoa em liberdade, além de gastar mais recursos financeiros e humanos das instituições que trabalham com o sistema penal.

⁸⁹ BRASIL. *Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1980*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em 29 jun. 2023.

⁹⁰ Art. 2º (...) Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório (...)

⁹¹ PARREIRA, Marcelo. *Criminalização da pobreza e pouca investigação no combate às drogas*: veja conclusões de pesquisa engavetada pelo governo. O Globo, 18 de março de 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/03/18/criminalizacao-da-pobreza-e-pouca-investigacao-no-combate-as-drogas-veja-conclusoes-de-pesquisa-engavetada-pelo-governo.ghtml> Acesso em 19 mar. 2023.

3.3 A responsabilidade da defesa técnica de estar habilitada apenas em processos em que irá atuar

Considerando que não são todas as unidades da federação que possuem Defensoria Pública que atuam como *custos vulnerabilis* em processos de execução penal com defesa particular habilitada nos autos, seja pelo número limitado de profissionais – que mal conseguem dar conta das pessoas que não contam com defesa privada, apesar dos grandes esforços –, seja por uma eventual resistência de órgão de classe ou por qualquer outro motivo, é de extrema importância que a defesa privada seja diligente não apenas na sua atuação mas também ao deixar de atuar.

Assim, caso a contratação seja realizada para apenas um determinado ato como, por exemplo, o pedido da progressão do regime fechado para o semiaberto, tão logo seja esgotado o objeto do contrato, deve-se juntar o termo de renúncia, com a ciência do ou da cliente, para que a Defensoria Pública não encontre óbice para atuar em qualquer momento posterior.

Por outro lado, sendo um contrato mais amplo, não se limitando a atos específicos, assim que a defesa particular não puder mais continuar no caso – pelo motivo que for – também é imperioso que a renúncia seja rapidamente feita, não esperando que haja a intimação para alguma manifestação e, só então, seja juntado nos autos a informação de mudança de defesa, pois isso atrasará ainda mais o processo já demorado – além de contribuir com o atraso, também, de outros processos, pois novas intimações serão expedidas, atrasando o trabalho cartorário e de todo o sistema.

3.4. O direito de defesa na execução penal

Cavalcanti (2007, p. 362) afirma que o Ministério Público deve ser parte no processo de execução criminal para que a pessoa condenada tenha alguém atuando em seu favor. Ele diz que “não é exagerado afirmar que a defesa dos condenados não existe, para não dizer que o advogado simplesmente desaparece após a expedição da guia de execução.” Sabe-se que, entre possíveis outros motivos, uma das justificativas para que isso aconteça é a falta de preparo acadêmico de estudantes de graduação, tendo em vista que os cursos de Direito focam na parte do processo de conhecimento e citam a execução da pena em uma ou outra aula esparsa ou, quando muito, em alguma disciplina eletiva,

fazendo com que poucos estudantes – e futuros profissionais – tenham conhecimento sobre as necessidades da defesa técnica no âmbito da execução penal.

Em igual sentido, Lopes Junior (2007, p. 387) também afirma que um problema sério no processo executivo é a falta de defesa técnica, apesar de entender ser óbvio que, da mesma maneira que ninguém pode ser processado sem defensor, ninguém poderia ter uma pena executada em seu desfavor sem defensor, uma vez que “o direito de defesa é constitucional, amplo e indisponível, no que diz respeito à defesa técnica”.

Felizmente, o cenário aparenta estar sendo modificado, com novos cursos de pós-graduação voltados para a execução criminal sendo oferecidos⁹².

3.5. A responsabilidade do Estado na Execução Penal

Ao ter em mente que qualquer tipo de pena, seja ela privativa de liberdade ou não, com maior ou menor controle estatal, precisa respeitar os limites legais, percebe-se que quem desrespeitá-los, seja com condutas comissivas ou omissivas, incorrerá em um ilícito.

Brito (2022, p. 74) explica que a sentença condenatória irá indicar o montante da sanção que o julgador entender necessário e suficiente e prossegue afirmando que “a permanência indevida ou superior ao tempo estabelecido demonstra abuso por parte do Estado, e dá margem à indenização do prejudicado”. O autor continua dizendo que

a regra é a da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais que pratica, mas em casos de abuso ou erro injustificado, como absolvição por revisão criminal, juiz que atuou com dolo ou fraude, juiz que retarda, omite ou recuse determinada providência de ofício etc, estará obrigado a indenizar moral e materialmente a pessoa atingida, no caso, o condenado.

Scapini (2007, p. 311) indaga quais motivos levam agentes do Estado a se tornarem, ainda que inconscientemente, agentes violadores de direitos humanos. Algumas das respostas por ele trazidas incluem a transferência de responsabilidade:

Fala o juiz do processo de conhecimento: ‘Esse fato não é tão relevante, mas é típico, antijurídico. O réu cometeu o crime (pelo menos confessou na polícia) e é reincidente. Disse que foi torturado mas não há prova. Vou condenar e mandar recolher. Os presídios estão superlotados, não têm condições; o condenado vai conviver com outros presos muito piores que ele; se sair, vai sair escolado. Mas o problema não é meu, é do juiz da execução’. E o juiz da execução: ‘O fato é quase irrelevante, acho que o réu não deveria ter sido

⁹² Alguns cursos mais recentes que se tem notícia são “Máster en Derecho Penitenciario y Cuestión Carcelaria. Sistemas Nacionales e Internacionales de Protección de Derechos”, da Universidade de Barcelona; Especialização em “Execução Penal” do Curso CEI; disciplina eletiva de “Execução penal e sistema penitenciário” para os cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

condenado, pelo menos, à reclusão em regime fechado, diante da situação dos presídios. Mas o problema não é meu. A condenação foi imposta por outro juiz. Tenho é que fazer cumprir a sentença. Depois, o Poder Executivo é que administra os presídios, não os deixa em condições'. E o Poder Executivo, por sua vez: 'Mandaram prender esse sujeito. O fato não é tão relevante, já não há espaço, os motins se sucedem. Será que vai sair vivo? Não sei, mas o problema não é meu. Foi o Judiciário que o mandou para cá e se os presídios não têm condições é por que nos faltam recursos. A LEP é inexequível'.

Ele prossegue dizendo não haver vínculo psicológico entre os atores do sistema penal e as pessoas presas, "apesar da consciência de que a opção entre mandar prender ou não pode significar a morte ou a vida da pessoa" (*ibidem*). Na mesma linha é a afirmação de Giamberardino (2020, p. 216), ao falar sobre não bastar o reconhecimento das violações da dignidade na seara de execução penal. Em suas palavras: "é insustentável o silêncio quanto a providências mais diretas, imediatas e incidentes sobre as próprias decisões judiciais determinando prisões – penais ou processuais – cuja execução se dá em condições ilegais".

Se parte dessa ausência de vínculo se dá em razão de um distanciamento por conta da pessoa que trabalha com a execução penal deliberadamente escolher não exercer sua empatia, é possível que parte da ausência de conexão possa ser solucionada, no âmbito de quem atua no sistema de execução criminal, usando artifícios de outras disciplinas, como a saúde.

Rivera Beiras (2019, p. 86) menciona a importância de abordar a problemática de quem trabalha nas instituições penais, em várias questões, entre elas "os diferentes impactos subjetivos ocasionados pelo trabalho em privação de liberdade". O autor também afirma que essa abordagem pode se dar em grupos focais, com o objetivo de que seja expresso como o trabalho afeta sua saúde mental. A preocupação com agentes prisionais não é algo recente, tendo sido também parte das críticas de Arenal ao sistema prisional os baixos salários dessas pessoas e a falta de sua qualificação profissional, como apontado por Valois (2021, a, p. 89).

Entende-se que o cuidado com a saúde mental sugerido por Rivera Beiras pode ser estendido para outras áreas profissionais, não sendo restrita apenas aos agentes que atuam diariamente naquele ambiente.

Um exemplo de atividade similar é realizado por quem atua com pessoas em situação de privação de liberdade, apesar de não ser ente estatal, é a organização não-governamental Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), com a equipe que faz atendimento prisional de mulheres migrantes em conflito com a lei, como vivenciado pela

própria autora desta dissertação, em seu estágio acadêmico no ano de 2014, que pode ser replicada em outras organizações.

Parte do projeto que instituiu o projeto de supervisão clínica institucional ali traz pontos que podem ser replicados por outras instituições.

Em documento redigido pela Coordenação Nacional de Saúde Mental, do Ministério da Saúde, no final de 2007, se explica o ofício da supervisão, prática que é exercida por profissionais de formação teórica e prática diversas:

A supervisão deve ser “clínico-institucional”, no sentido de que a discussão dos casos clínicos deve sempre levar em conta o contexto institucional, isto é, o serviço, a rede, a gestão, a política pública. Assim, ao supervisor cabe a complexa tarefa de contextualizar permanentemente a situação clínica, foco do seu trabalho, levando em conta as tensões e a dinâmica da rede e do território.

Em outras palavras: buscando sustentar o diálogo ativo entre a dimensão política da clínica e a dimensão clínica da política.⁹³

Uma supervisão clínica-institucional, portanto, pode envolver o cuidado individual, uma vez que não há como separar o indivíduo do coletivo, mas também buscando refletir as práticas profissionais e os sentimentos que são gerados de acordo com os casos com os quais esses diferentes elencos do sistema criminal trabalham.

É interessante notar como o cuidado com a saúde mental não é algo que se pensa, ao menos automática e diretamente, quando se aborda o direito, de forma geral, ou até mesmo o direito penal e de execução penal. Mas a multidisciplinariedade entre os saberes, que não pode ser resumida apenas entre direito e saúde, já era buscada por Arenal, há mais de um século, conforme apontado por Valois (2021, a, p. 91).

Pensando especificamente em agentes que laboram diariamente nas unidades prisionais e que podem se beneficiar de práticas dessa natureza, Adorno (1998, p. 1023) descreve a situação precária desta profissão com “baixos salários, péssimas condições de trabalho, inexistência de carreiras que permitam ascensão na escala funcional, número insuficiente de pessoal comparativamente ao tamanho da população prisional” – o que é ainda pior quando se pensa em unidades que operam com capacidade superior ao seu limite, já que além do espaço físico, os recursos humanos também são previstos com esse número em mente –, além de “regime de trabalho estafante e estimulante do descontrole emocional”.

Para além do lado de sentimentos pessoais, outros motivos elencados por Scapini são o esquecimento das finalidades (anunciadas) da pena e da execução penal e a incorporação do desejo de vingança da sociedade.

⁹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE; COORDENAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE MENTAL. *O ofício da supervisão e sua importância para a rede de saúde mental do SUS*. Dez. 2007. Disponível em http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/oficiodasupervisao.pdf Acesso em 17 jan. 2023.

Para ele (2007, p. 314), “apesar das imensas dificuldades, com o mínimo de criatividade, é possível na jurisdição penal e de execução penal, adotar medidas tendentes a relativa legalização do sistema” e, mais a frente (*idem*, p. 317), diz que o controle de legalidade na execução penal precisa contar com um sistema de informações eficiente e, ainda,

com agentes penitenciários e operadores do direito (defensores públicos, promotores e juízes) devidamente preparados para as funções de seus cargos, comprometidos com a causa dos Direitos Humanos, que assumam responsabilidade, não transijam com direitos alheios e não se omitam frente aos deveres que a lei lhes impõe.

Por fim, o autor conclui que

a ninguém pode ser permitido exercer poder total sobre a pessoa do preso. E é necessário interpretar e aplicar a lei observando sua finalidade, mas sempre com visão crítica dela própria e do sistema. Sobretudo, devemos unir a vontade social positivada à vontade política de mudar.

Sabemos, todos, que a situação é vergonhosa, que algo deve ser feito. Nossos cárceres estão entre os piores do mundo. E nosso País parece um enorme presídio, tomado de corrupção, completamente apodrecido.

Também abordando a questão da legalidade na execução penal, Cavalcanti (2007, p. 364) explica que

com o fomento das garantias individuais e da proteção dos direitos humanos, o princípio da legalidade passou a reger as atividades públicas dentro do cárcere, limitando o poder discricionário, estatuindo regras fixas para as modalidades de execução da pena e medidas de segurança e estabelecendo limites claros para os direitos e deveres, para as sanções e faltas disciplinares. E mais: todas essas possibilidades legais passaram a ser aplicadas por meio de procedimento judicial, asseguradas as garantias jurisdicionais do sistema acusatório, isto é, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e imparcialidade.

Mendes e Martínez (2020, p. 153), ao falarem sobre o histórico da execução penal, mencionam o avanço da norma para entender a pessoa presa como possuidora de direitos, mas sublinham que

tratar da execução penal é tratar da vida de pessoas que estão submetidas à mais dura realidade, na qual, infelizmente, os direitos dispostos em lei não são vistos atrás das grades. Portanto, cabe a todo aquele(a) que for lidar com o sistema penitenciário olhar para além dos artigos da Lei de Execução Penal, porque o que está embaixo do véu que pretende cobrir o sistema carcerário passa longe de qualquer possibilidade de humanização das penas.

Santos e Erbella (no prelo) ao explicarem a importância, às vezes até mesmo vital, da apresentação física da pessoa que deve passar pela audiência de apresentação, trazem pontos que podem ser refletidos, também, na seara da execução penal.

Os autores colocam que “é justamente o cheiro das pessoas ali no fórum uma das principais razões para que essas audiências sejam realizadas de forma presencial” e

mencionam o experimento de Milgram, realizado na Universidade de Yale, em 1962, para ilustrar como decisões que devem seguir parâmetros objetivos podem mudar de acordo com a proximidade que a pessoa com poder de decisão tem em relação a outra – sendo mais severa, em desfavor da última, quanto mais afastadas elas estão uma das outras e quando aquela não enxerga não vê o sofrimento nos olhos desta. Para os autores, “o impacto humanizatório da audiência de apresentação é diminuído – ou totalmente extinto – quando telas frias separam as personagens”.

Assim, entende-se ser necessário, também o contato presencial do elenco que atua na execução criminal junto com a população encarcerada, para não ter seus anseios e pedidos lidos apenas em uma tela fria de computador (já que agora todos os processos têm sido digitalizados e, portanto, dificilmente uma carta escrita a próprio punho será lida por alguém do Poder Judiciário antes de ser digitalizada).

3.6 O Juiz e sua função correcional

Um dos órgãos da execução penal, previsto no artigo 61, II, da LEP, é o juízo da execução, com suas competências definidas no artigo 66 do mesmo diploma legal.

Sobre a importância da existência de pessoa magistrada na execução penal, diz Buch (2014, p. 28):

Uma questão que deve ser ressaltada, utilizando-se mais uma vez da obra de Ferrajoli, é a da irrenunciabilidade e inderrogabilidade da jurisdição, inclusive e de igual importância na execução penal.

Como foi observado, apenas o Poder Judiciário pode jurisdicionar e privar alguém de sua liberdade e seus bens (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), através de seus órgãos julgadores, mediante forte fundamentação, sendo inaceitável a transferência desta prerrogativa fundamental irrenunciável, cujo principal objetivo é fazer respeitar direitos e garantias individuais.

Na mesma linha, Cacicedo (2018, p. 415), ao apontar o debate doutrinário sobre a natureza da execução penal, traz citação de Grinover, Magalhães Filho e Fernandes que afirmam que “só a visão jurisdicional da execução penal é idônea a elevar o processo a estatura e nível constitucional”.

Carvalho, em sua obra “Direito Alternativo: teoria e prática”, explica que não concorda com o positivismo clássico, já que tem consciência de que a lei pode ser, muitas vezes, injusta. No entanto, ele usa a expressão “positividade combativa” e explica o significado do termo ao narrar uma história (1998, p. 79) de um caso de excesso de prazo

em uma prisão preventiva – no entanto, percebe-se que a mesma lógica pode ser aplicada no cumprimento de uma sentença condenatória.

O caso mostrado pelo autor foi um *habeas corpus* impetrado depois de oitenta dias em que a pessoa estava presa, sem que o inquérito policial fosse finalizado, desrespeitando o prazo de dez dias previstos na lei. Assim, o acórdão proferido pela Câmara gaúcha concedeu a ordem para colocar a pessoa em liberdade.

O autor ainda explicou que

causou mal-estar à Câmara o fato de que o juízo monocrático, bem como o Promotor Público, cientes da ilegalidade, restaram inertes. Aí, então, se discutiu o papel do Juiz. Entendeu-se que, em viés garantista, na linha de Ferrajoli, tem ele compromisso com a liberdade do cidadão e deve tomar, de ofício, todas as providências para repelir ilegalidade que a agrida, responsabilidade que alcança, também, o órgão do Ministério Público. Tem ocorrido, com incrível e insuportável frequência, processos penais, com cidadãos presos, terem tramitação acima do permitido em lei - tudo sem o menor constrangimento daqueles que atuam no feito (é chegada a hora de aqueles que sofrem constrangimentos tais virem a juízo postulando indenização contra o Estado). E nós sabemos que réus em processo-crime, como regra quase absoluta, são pretos, pobres e prostitutas - o que talvez explique a inércia de todos nos feitos criminais.

Ao explicar o termo “positividade combativa” (*idem*, p. 57), o autor explica ser uma “autêntica guerrilha, tanto no campo jurídico como na própria sociedade”, buscando a concretização de lutas populares que se resultaram vitoriosas, com a criação de leis. Nestes casos, para neutralizar a “crescente tendência do descumprimento das normas que representam vitórias populares”, deve-se ser legalista extremo para a aplicação desta lei. Ele segue explicando que isso “é o reconhecimento de que o direito positivado, por muitas vezes, resume conquistas democráticas (embora outras tantas vezes não seja aplicado). E em tal acontecendo, há que se fazer viger”.

De modo inverso, o autor traz na mesma obra (*idem*, p. 107) um caso em que proferiu acórdão em desacordo com o texto frio da lei, mas se valendo de outras questões do direito para chegar ao resultado que entendeu ser mais justo: homem cumprindo pena em regime semiaberto, por delitos de furtos, já usufruindo do direito à saída temporária para trabalho externo (era dono de uma oficina mecânica). Certa vez, ao regressar para a unidade prisional, teria sido apreendido 0,174 grama de maconha em sua pochete.

Em primeiro grau, a juíza de execução criminal cumpriu a letra da lei: houve cometimento de crime doloso e, por isso, necessária a regressão de regime. No recurso, no entanto, o regime semiaberto foi restabelecido, aparentemente ao arrepio da lei, mas considerando dois pontos principais: “se entendeu que o princípio supraconstitucional da proporcionalidade estava, na espécie, sendo agredido – o fato de portar mísera quantidade

de maconha não pode ter o efeito tão perverso de impossibilitar o trabalho de um cidadão”, sendo considerado ainda que o delito estaria “prestes a não mais existir e sem vítima (leia-se de duvidosa constitucionalidade)” e, também, foi realizada uma releitura do artigo 118, I, da Lei Execução Penal para interpretar “doloso” como sendo “delitos graves” (que gere pânico social e/ou perigo à vida humana).

Lopes Junior (2007, p. 402) afirma que para melhorar a situação problemática da execução penal, deve-se melhor definir a posição do julgador neste processo: “não mais como ator, mas sim espectador, consequência inafastável da matriz acusatória-garantista.” Ele prossegue dizendo que “colocando o juiz no seu devido lugar, estaremos fortalecendo a estrutura dialética do processo, em benefício de todos os intervenientes e, principalmente, contribuindo para uma melhor administração da justiça”. Nesse sentido, explica o autor, a pessoa condenada deve ser vista como sujeito de direitos e não apenas como simples objeto.

Roxin (1973, p. 9) diz que o Estado não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça, por ser uma instituição humana. Para ele, se o poder do Estado derivasse de uma autoridade divina, é possível que se entenda “o juiz como um executor terreno do juízo penal divino, outorgando-se à sua decisão a força para redimir a culpabilidade humana e para a reimplantação da Justiça”, mas que isso não acontece nos regimes democráticos.

Como instituição humana, deve ser feito um exercício para que se chegue em uma decisão fundamentada, pois ela não vai nascer de forma automática só porque a pessoa vestiu a toga magistral.

De acordo com Schmitz (2018, p. 16), só quem tem capacidade sobrenatural (como o Rei Salomão ou Sherlock Holmes) pode tomar uma decisão que vale por si. Personagens não fictícios devem usar fundamentos legítimos para justificar suas decisões.

Usar fundamentos legítimos, no Estado Democrático de Direito, não significa apenas ser um repetidor do texto legal, como em outras épocas. Como ensina Uribe (2012, p. 70), o juiz de agora deve interpretar juridicamente os princípios, valores e direitos, deve analisar o todo e não apenas uma parte, deve colocar a pessoa humana e não a lei no centro do seu pensamento.

O princípio da presunção de inocência veda que os julgadores iniciem o processo já convencidos de que o réu é culpado. Caso essa venha a ser a conclusão, ela deve ser construída, no decorrer do processo, com elementos fortes suficientes para afastar a presunção de inocência. Ainda que em uma execução criminal definitiva a presunção de

inocência tenha sido afastada, deve-se ter em mente que ela foi afastada em relação ao caso já julgado, e não totalmente em relação àquela pessoa. Assim, eventual apuração de falta disciplinar também deve ter a presunção de inocência respeitada.

Frisa-se que não é o caso de “gastar folhas e folhas” em decisões longas e inúteis, que repetem obviedades, como colocado por Lopes Junior (2021, p. 387). Ele prossegue ensinando que “o mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade”, “com argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis”.

Schmitz (2018, p. 16) também diz que são frequentes as decisões que se apoiam em “fundamentos absolutamente vazios e de pouquíssimo conteúdo”.

Se em todas as áreas do Direito, as decisões devem ser devidamente fundamentadas, sendo necessário que sejam validadas com um filtro constitucional, fundadas em argumentos razoáveis que as justifiquem, como diz Uribe (2012, p. 72), com ainda mais motivo no processo penal democrático, capaz de influenciar um dos bens mais caros dos cidadãos. A racionalidade deve se sobrepor ao poder, como dito por Lopes Junior (2021, p. 387).

Baptista leu trechos de sua tese no VI ENADIR (2019). Seu trabalho contou com entrevistas feitas com membros do Poder Judiciário e um desembargador mais crítico disse a ela que

a sentença ou o acórdão não expressa as razões reais da decisão, apenas aquelas socialmente aceitáveis e racionalmente possíveis de serem traduzidas em uma decisão técnica. A sentença é a racionalização, é um processo de racionalização. Eu, juiz, tenho que ser capaz de fundamentar racionalmente a conclusão. Eu tenho que racionalizar um juízo moral que eu fiz anteriormente, mas que precisa ser racionalizado em uma decisão judicial técnica, se não ela vai ser reformada. O juiz pode chegar onde ele quer, mas o caminho tem que ser legítimo. E o que legitima esse caminho é a forma. O aspecto da formalidade justifica qualquer ilegalidade. Tudo é passível de fundamentação. É mentira que a fundamentação existe para o juiz mostrar o caminho que ele trilhou. Ela existe para dar uma aparência democrática a um sistema que pode ser antidemocrático, para manter esse sistema eternamente antidemocrático.

Deve-se ter em mente que “o Direito Penal nasce da necessidade de impor limites ao poder punitivo do Estado que, na época moderna, era absoluto”, como falado por Buch (2014, p. 27). Assim, o Direito Penal – mesmo em sentido amplo, pensando nas ramificações processuais e de execução – não existe para punir o cidadão, mas para que a punição seja aplicada da forma – e pelas pessoas – correta.

Bulos (2000, p. 189) explica que as garantias constitucionais no processo penal são meios de efetivar direitos relacionados ao *jus libertatis*. Para se garantir os

“benefícios” (termo usado por ele) dos direitos fundamentais, deve ser usado o processo penal constitucional como instrumento. Ele diz (*idem*, p. 191) que o devido processo legal é mais que um princípio, é um sobreprincípio e, ainda, (*idem*, p. 196) que o constitucionalismo veio “limitar o poder e garantir a primazia das liberdades públicas”.

Quando se diz que o juiz não é um mero repetidor da lei, mas que ele deve interpretá-la para aplicar ao caso concreto analisando o todo (as circunstâncias sociais), não está dando um “cheque em branco” para que ele possa aplicar entendimentos da forma que bem entender. E, no processo penal, em virtude do princípio da legalidade, eventual interpretação fora da literalidade da lei só pode ser para beneficiar a pessoa que está sendo sancionada pelo Estado – seja um investigado em inquérito policial, um réu em processo de conhecimento ou quem esteja cumprindo uma pena definitiva. O princípio da legalidade impede abstrações baseadas em *pro societate*.

Evidentemente que o juiz possui sua autonomia e independência funcional e pode optar por usar uma ou outra tese jurídica. É graças a esta oportunidade de tomada de decisões distintas que o Direito é uma área que pode avançar, que tem a oportunidade de não ficar preso a dogmas ou ideias ultrapassadas. As decisões judiciais podem influenciar nas mudanças legislativas e até mesmo comportamentais. Mas a fundamentação deve ser sempre jurídica.

Ao falar sobre o “diálogo das Cortes”, Ramos (2021, p. 302) explica ser impossível obrigar que membro do Poder Judiciário adote tal procedimento, “pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito”, mas complementa dizendo que “no caso de o diálogo inexistir ou ser insuficiente, deve ser aplicada a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional).”

Mendes (2021, p. 65), ao abordar o sistema de garantias com as lições de Ferrajoli, explica que “se o processo penal é o caminho necessário para chegar-se legitimamente à pena, este “andar” somente encontra legitimidade, por sua vez, se observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas nos princípios (...), elencando, a partir daí, os princípios já mencionados neste trabalho, como o da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça, da igualdade, da assistência judiciária, da presunção de inocência, da não autoincriminação, entre outros.

As construções judiciais são feitas de forma solitária – Bulos afirma (2000, p. 185) que “o ato de julgar [é] um encontro do espírito do julgador consigo próprio” –, na maior parte do tempo.

Até mesmo em órgãos colegiados, percebe-se que o relator fica com a responsabilidade de analisar o caso e, por diversas vezes, a depender da câmara ou turma que compõe, seu voto é acompanhado pelos demais sem maiores questionamentos e reflexões.

Boujikian (2020) fala sobre a importância da divergência dos votos e como isso não é costumeiramente feito nos tribunais, quando os outros magistrados “abrem mão” do seu modo de pensar – isso facilita o trabalho naquele mesmo dia, levando em conta que não será necessário lavrar um voto diferente e facilita o trabalho futuro, pois pode-se impedir, por exemplo, embargos infringentes.

Ela explica que a divergência não pode ser levada para o lado pessoal – apesar de sentir que isso é costumeiro – e como a jurisprudência é uma complexa construção, nascendo dos pedidos das partes que podem ou não serem aceitos pelos juízes de primeiro grau, é edificada nos tribunais e assim por diante.

Mesmo quando a convicção íntima do órgão julgador é contrária a entendimentos consolidados, ainda assim é possível sua manifestação em todos os seus votos, mesmo decidindo de acordo com a jurisprudência dominante.

Um exemplo costumeiro no STJ é com as decisões do ministro Rogerio Schietti em casos de tráfico de drogas e da incidência – ou não – da causa de aumento em razão do uso do transporte público.

Para o ministro, basta estar ou usar o transporte público para que incida a causa de aumento, pois, nesses locais, seria mais fácil para o traficante passar despercebido à fiscalização policial. No entanto, seus votos que sempre indicam essa ressalva pessoal, trazem que “diante da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, entendo que, embora não seja dotada de caráter vinculante, não há razões para insistir em tese contrária, em homenagem ao princípio da segurança jurídica”⁹⁴.

Da mesma maneira que Boujikian defende a coragem das pessoas magistradas para proferir voto diferente de seus pares, outro magistrado que falava sobre a coragem

⁹⁴ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus 298.578/SP. 6^a Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Fernando Henrique Caixeta. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julg. 08/04/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201401659747&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

era Scapini, de acordo com notícia sobre seu falecimento publicada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2014⁹⁵. Em trecho de sua pequena biografia, o Tribunal destaca a atuação que Scapini teve como Juiz da Vara de Execuções Criminais da Capital, dizendo que ele

passou a imprimir uma nova forma de interpretar os laudos de apenados para a progressão de regime, que não costumava ser deferida. Diante das precárias condições dos estabelecimentos penais e da falta de programas para a ressocialização de condenados, defendia: O Juiz hoje tem que ter coragem para soltar e não para prender.

Baptista (2020, p. 87) diz que as conclusões dos processos são determinadas, muitas vezes, pelo juiz a quem eles são distribuídos, em uma “loteria judiciária” ou “roleta russa”.

Há quem diga, nesta linha de pensamento, que o melhor advogado é o distribuidor. Por melhor que seja a argumentação da defesa técnica, se o processo é distribuído para magistrados que não acolhem a tese defensiva, quase não há o que se fazer, ao menos naquela instância. Por outro lado, ainda que a defesa técnica seja deficiente, mas o órgão julgador tenha o costume de acolher pedidos daquela natureza, ainda que mal formulados, há maiores chances de êxito.

No entendimento de Hart, conforme Kozicki e Pugliese (2017), isso ocorre porque,

em qualquer sistema jurídico desenvolvido, tem-se um compromisso entre necessidades aparentemente distintas: por um lado, a de outorgar segurança ao sistema, através de regras precisas de comportamento; por outro lado, garantir que cada caso será apreciado pelos tribunais de acordo com suas particularidades, sem pré-julgamentos.

Para o autor inglês, as decisões em casos complexos sempre encerram escolhas por parte dos julgadores, não se limitando à mera aplicação da norma, de modo que se alcançam diversos resultados.

Exemplos concretos sobre como algumas decisões judiciais podem ser vazias de fundamentações jurídicas foram objeto de outras pesquisas desta mestrandra.

Em 2019, fez análises de decisões judiciais, proferidas entre julho de 2018 e janeiro de 2019, relacionadas às saídas temporárias.

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Falece Desembargador Scapini*. Publicado em 12/11/2014. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-2832/> Recuperado em 05 jan. 2023.

Em ofício protocolado por determinada unidade prisional de São Paulo, em julho de 2018⁹⁶, com uma lista de quarenta e nove mulheres aptas para gozar a saída temporária, cem por cento teve seu direito negado, sendo que apenas uma negativa teve fundamentação de acordo com a lei (a pessoa não havia declarado o endereço que estaria durante a saída).

Em mais de 61% das negativas, a única justificativa havia sido o ingresso recente no novo regime, desconsiderando que há lei não prevê tempo mínimo, no novo regime, para que o direito possa ser usufruído.

A decisão em relação aos outros casos repetia o argumento do ingresso recente e adicionava algum elemento relacionado ao caso concreto, apesar de ainda serem fundamentações sem base em nenhum preceito da lei: pessoa condenada a elevada pena, reincidente ou condenada por crime grave. Observa-se que, em todos os casos, a legislação já havia sido desenhada para atender o princípio da isonomia, criando preceitos secundários maiores de acordo com a gravidade do crime e impondo uma fração de pena a ser cumprida maior para casos de pessoas reincidentes e, em todos os casos, quanto maior a pena e maior a fração a ser cumprida, mais tempo a pessoa já teria passado sem ter direito ao gozo da saída temporária, não cabendo a uma pessoa magistrada da execução dificultar ainda mais sua saída.

Outra análise de decisões judiciais que foi realizada tentou entender a frequência do uso de um argumento⁹⁷ tido como bastante peculiar⁹⁸, durante o início da pandemia, para contrariar a Recomendação 62 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça⁹⁹, apresentado nos seguintes termos:

⁹⁶ BRASIL. Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1^a RAJ. Pedido de providências nº 1000691-44.2018.8.26.0041. Juiz(a): Carla Kaari. Arquivado Definitivamente em 27/11/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=150001D040000&processo.foro=41&processo.numero=1000691-44.2018.8.26.0041>

⁹⁷ ANGELO, Tiago. *Domiciliar é negada porque “só astronautas estão livres do coronavírus”*. Conjur. Publicado em 1/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/domiciliar-negada-porque-astronautas-livres-coronavirus> Recuperado em 08 jan. 2023 de

⁹⁸ Na época, foi instaurado o pedido de providências 0002647-94.2020.2.00.0000 para que o desembargador apresentasse informações sobre os supostos fato que seriam de uso inadequado de linguagem, possivelmente desrespeitosa em relação ao imetrante. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=498c913632fde9602fb9bc935cac7549addc59e3aed8d37>

⁹⁹ Observa-se que a referida recomendação não inovou o texto legislativo ou mudou entendimento jurisprudencial, apenas determinou que a lei fosse cumprida, por exemplo, reavaliando a necessidade ou não da prisão preventiva, a cada 90 dias (art. 316, p.u, CPP, e art. 4o, I, c, da recomendação), e que fosse seguido entendimento jurisprudencial já existente, como a aplicação do artigo 117 da LEP para garantir a prisão domiciliar para pessoas cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto:

Dos cerca de 7.780.000.000 de habitantes do Planeta Terra, apenas três: Andrew Morgan, Oleg Skripochka e Jessica Meier, ocupantes da estação espacial internacional, o primeiro há 256 dias e os outros dois há 189 dias, portanto há mais de seis meses, por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado coronavírus

Mesmo após a instauração de procedimento administrativo com o magistrado responsável por essa decisão figurando no polo passivo, outros desembargadores continuaram a usar o argumento por ele criado para negar o direito das pessoas, sem que fossem analisadas as informações concretas de cada caso, como uma forma de apenas negar genericamente todos os pedidos relacionados à pandemia.

Segundo a pesquisa realizada em junho de 2020, até o dia 12 daquele mês, existiam pelo menos cinquenta e três acórdãos disponíveis no site do Tribunal de Justiça de São Paulo com a fundamentação acima, sendo vinte e cinco deles referentes a pedidos de defesa em casos de execução penal, sendo que nove deles versavam sobre tráfico de drogas; seis sobre pequenos delitos patrimoniais sem violência ou grave ameaça (apropriação indébita, contrabando ou descaminho, estelionato e/ou furto) e os outros dez sobre crimes com violência ou ameaça (homicídio, roubo e crimes contra a dignidade sexual). Ou seja, 60% dos casos com antecipação de progressão negada eram de peticionantes que sequer teriam praticado delitos violentos ou com ameaça. A proporção foi ainda maior em relação aos processos de conhecimento (buscando revogar a prisão preventiva, ou seja, que sequer tinham formação de culpa): 67,85%.

Em todos os casos observados, o argumento dos ocupantes da estação espacial foi usado, mas sem que fosse realizada uma análise do caso concreto para ver o quanto necessário realmente seria manter cada uma daquelas pessoas em regime fechado (ou semiaberto mas com aspecto de fechado, tendo em vista que as saídas temporárias para visitas, trabalho e estudo foram suspensas com a pandemia).

Decisão monocrática concedendo a colocação em prisão domiciliar de paciente que cumpria pena definitiva, em regime fechado, cuja filha de menos de um ano de idade estava em acolhimento institucional. HC 167.415, julgado em 08 de fevereiro de 2019, Ministro Gilmar Mendes.

Artigo 5º, Recomendação 62/2020, CNJ: Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco.

Um dos casos em que o acórdão não menciona nenhum tipo penal é de um pedido que busca a revogação da medida de segurança imposta a uma pessoa que havia sido acusada de tentativas de furtos e de uma tentativa de roubo. Tentativas.

Após a publicação da pesquisa em junho de 2020, foi verificado, em 28/11/2021, que (pelo menos) 290 acórdãos¹⁰⁰, mesmo após a decisão do ministro Fachin, no *habeas corpus* 184.010/SP, ter revertido o primeiro julgamento que mencionou os ocupantes da estação espacial, citando o ministro Sepúlveda Pertence: “a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial (...) é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum”.

Por fim, há a pesquisa publicada por Santos (2021) sobre a natureza jurídica da sentença que concede a progressão de regime aberto, na 06^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que exemplifica bastante o explicado acima por Boujikian sobre como alguns colegiados têm decisões unânimes apesar de seus integrantes, individualmente, entenderem de forma diversa.

Para se preparar para a defesa da natureza jurídica declaratória da sentença¹⁰¹, a então advogada pesquisou, no site do TJSP, utilizando as palavras-chave “data base progressão declaratória”, juntamente com o filtro desta Câmara e pelo período de 12 de dezembro de 2019 a 13 de fevereiro de 2020¹⁰², acórdãos que tiveram a participação dos desembargadores que iriam julgar o caso que ela defendia.

¹⁰⁰ Em 28 de novembro de 2021, já existiam pelo menos 289 acórdãos da 07^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que os mencionam, além de uma menção pela 15^a Câmara, datada de 13 de outubro de 2020.

Jessica Meier (sic), Andrew Morgan e Oleg Skripocka (sic) foram os nomes mencionados na decisão do desembargador Alberto Anderson Filho e que foi repetida inúmeras vezes pelo desembargador Otávio Rocha e uma vez pelo desembargador Claudio Marques. No entanto, apesar de terem regressado ao planeta Terra em 17 de abril de 2020, o primeiro acórdão que repetiu o argumento foi proferido em 28 de abril de 2020, no HC 2000762-84.2020.8.26.0000 (com o mais recente datado de 16/08/2021). Assim, se tal fundamentação era inidônea antes do trio haver pousado, esvazia-se ainda mais seu sentido ao pensar que os três já estão suscetíveis ao Coronavírus.

Pesquisa feita no buscador de jurisprudência do TJSP, em 28/11/2021, com a expressão “ANDREW MORGAN, OLEG SKRIPOCKA e JESSICA MEIER, ocupantes da estação” no campo “pesquisa livre” Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?gateway=true>

¹⁰¹ Como a pesquisa foi feita para fins de atuação em um processo criminal específico, não se buscou saber se havia um “lado” que cedia mais que o outro ou como outros desembargadores desta Câmara (ou mesmo de outras) decidiam, sendo o único objetivo entender como os três integrantes da turma que julgaria o processo específico costumava agir.

¹⁰² Embora o artigo tenha sido publicado em 2021, a pesquisa sobre esse tema havia sido feita em fevereiro de 2020, motivo pelo qual esse foi o termo final. Foi feita a pesquisa a partir de dezembro de 2019 em razão de acórdão de IRDR 2103746-20.2018.8.26.0000 ter sido publicado em novembro daquele, com decisão que, em tese, viria a pacificar a temática.

Do total de vinte e três acórdãos encontrados com o filtro acima, dez deles contavam com a participação destes representantes do Poder Judiciário, mas as decisões não eram uniformes, como se vê na tabela abaixo:

	Processo	Relator	2º Juiz	3º Juiz	Resultado
1	0009189-60	M. de A.	Z. R.	G. de A.	Declaratória
2	0021788-83	L. M. de M.	M. de A.	G. de A.	Declaratória
3	0003375-71	L. M. de M.	Z. R.	F. S.	Declaratória
4	0002785.94	L. M. de M.	Z. R.	F. S.	Declaratória
5	0002708-85	M. de A.	Z. R.	G. de A.	Declaratória
6	0021983-68	G. de A.	F. S.	M. de A.	Constitutiva
7	0009155-33	L. M. de M.	Z. R.	F. S.	Declaratória
8	0011986-09	L. M. de M.	Z. R.	F. S.	Declaratória
9	0004776-71	L. M. de M.	Z. R.	F. S.	Declaratória
10	0016556-90	L. M. de M.	Z. R.	F. S.	Declaratória

Tabela elaborada pela autora.

No entanto, é curioso notar que os três desembargadores que compunham a turma julgadora do processo para qual houve a preparação (G. de A., Z. R. e F. S.) defendiam, na época, a natureza constitutiva da sentença que concedia a progressão para o regime intermediário, mas, como outros dois (L. M. de M. e M. de A.) já decidiam de acordo com a jurisprudência dominante nas Cortes Superiores (natureza declaratória), os resultados dos julgamentos demonstravam essa insegurança jurídica.

Como se percebe, dos dez processos acima, apenas um foi julgado de maneira prejudicial à pessoa em cumprimento de pena (número 6). Porém, apenas o processo de

número 2 contava com dois desembargadores na turma que entendiam pela natureza declaratória.

Assim, ainda que os relatores dos processos de números 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9 e 10 eram os que entendiam pela natureza declaratória da sentença, os outros poderiam ter formado maioria contrária, caso eles tivessem defendido suas convicções íntimas e não apenas acompanhado o relator, de forma aparentemente acrítica.

3.7 O Ministério Público e sua atuação como fiscal da lei

De acordo com a LEP, o órgão ministerial, no âmbito da execução criminal, tem a função de fiscalizar a execução da pena ou da medida de segurança¹⁰³, bem como de fazer requerimentos a favor da pessoa acusada, não só em seu desfavor¹⁰⁴.

Isso significa dizer que, da mesma maneira que a fiscalização da pena impõe que representante do Ministério Público requeira a regressão de regime em caso de falta disciplinar grave homologada¹⁰⁵, também deve requerer a progressão quando verificado o preenchimento dos requisitos necessários, por exemplo.

Além disso, assim como os demais órgãos de execução, há a determinação legal que inspeções nas unidades prisionais sejam feitas, com regular frequência, para auxiliar o objetivo da fiscalização da referida execução.

Maia Neto (1998, p. 2) afirma que

como órgão estatal encarregado da execução da pena privativa de liberdade, ao Ministério Público lhe incumbe assegurar a devida proteção dos direitos indisponíveis (art. 129 da CF), ou seja, dos Direitos Humanos da sociedade extra ou intramuros, ou melhor, das pessoas que desfrutam do direito de ir e vir, como daquelas que se encontram encarceradas.

¹⁰³ Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.

¹⁰⁴ Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: 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. Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

¹⁰⁵ Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

Brito (2022, p. 114) aborda a divergência doutrinária em relação à atuação do Ministério Público, tendo em vista que ele “é citado como órgão imparcial de justiça, parte, fiscal da lei, ou ambas”. Ele (*idem*, p. 115) também menciona a importância do cumprimento do dever imposto pela Lei Orgânica do Ministério Público para que o representante ministerial atuante junto à Vara das Execuções inspecione os estabelecimentos penais de sua comarca e finaliza citando Lyra que diz que visitar e inspecionar as prisões não é apenas dever legal, mas “fonte de penetração técnica e de visão psicológica, que ensina a agir com equidade, com medida com conhecimento de causa”.

As inspeções, no entanto, não podem servir apenas para cumprir a determinação legal. Os estabelecimentos devem ser de fato inspecionados e as violações identificadas ali devem ser sanadas, seja com o uso de instrumentos do Ministério Público como recomendações ou até mesmo com a investigação caso seja identificada alguma conduta passível de apuração.

Sobre o dever do órgão ministerial de promover a justiça e minimizar a distância entre a teoria e a realidade, afirma Nicolitt (2016, p. 15):

É de se notar que nossa realidade é muito diferente da prevista na LEP. O que vimos, não raro, é a superlotação dos estabelecimentos sem nenhum respeito à Lei e à Constituição. Assim, cumpre ao Estado, através de seus órgãos, notadamente ao Ministério Público na promoção da justiça, aproximar o ser do dever ser.

Scapini (2007, p. 312), ao comentar sobre o já mencionado desejo de vingança da sociedade refletido na execução da pena, observa que decretos de indulto “tiveram âmbito de abrangência sensivelmente diminuído por pressão do Ministério Público, o mesmo que silencia frente às ilegalidades”.

Outro autor que menciona a atuação do Ministério Público no âmbito da execução criminal é Cavalcanti (2007, p. 365) dizendo que a instituição “tem duas tarefas essenciais na execução penal. A primeira restringe-se ao aspecto individual do processo executivo, sendo esse regulamentado pelo artigo 68 da LEP. A segunda refere-se à defesa dos interesses transindividuais dos presos”. Ele também explica como apenas com a alteração de 1984 que a participação ministerial nesta área passou a ser mais importante, após ter capítulo próprio que o define como órgão fiscalizador. Em relação à segunda tarefa, o autor diz que as defesas transindividuais são exercidas por órgãos especializados em proteção de direitos humanos e de cidadania, mas complementa dizendo que, diferente de outras áreas – como de meio ambiente e consumidor – a área de direitos

transindividuais de pessoas presas não possui uma atuação muito forte do Ministério Público, afirmando que “raras são as ações coletivas, impetradas pelo Ministério Público, em defesa dos direitos do preso”.

Um dos exemplos de possível atuação que este órgão pode exercer, no entendimento de Nicolitt (2016, p. 15) é relacionado a suas funções institucionais, especialmente no âmbito da infância, para que a norma que garante o acompanhamento médico à gestante que se encontrar sob custódia do Estado, desde o pré-natal até o pós-parto, inclusive ao infante. Nicolitt (*ibidem*) prossegue explicando que são cabíveis ações civis públicas para que esse direito seja garantido.

Pacelli (2021, p. 8) aponta que o Ministério Público deve defender a ordem jurídica, não estando mais ao serviço de uma função acusatória, de modo que seus membros também devem trabalhar com imparcialidade, tal qual os do Poder Judiciário. Sendo identificadas ilegalidades e violações a direitos enquanto a pena está sendo executada, sua função é agir para solucionar a disruptura encontrada.

Lopes Junior (2020, p. 45) diferencia os poderes desses dois entes do Estado, que às vezes se confundem: a pretensão punitiva, apesar de ser do Estado, pode ser exercida tão somente pela pessoa juíza. O Ministério Público, mesmo sendo ente estatal, é titular somente da pretensão acusatória (que pode – ou deve – ser de particulares em casos específicos). Esta pretensão precisa ser integralmente exercida pela acusação para que, no final, membro do Poder Judiciário possa exercer a primeira. Não há justificativa ou embasamento legal para que o Ministério Público siga atuando, na fase executória da pena, como uma força “contrária” à defesa, sem prejuízo, evidentemente, de discordâncias que podem ser feitas em caso de pedidos que contrariem o ordenamento jurídico.

Não deve, no entanto, pleitear restrições de direitos que em desacordo com a lei, como, de forma exemplificativa, constou em parecer ministerial datado de outubro de 2018¹⁰⁶ elaborado após pedido de unidade prisional feminina requerer autorização para mulher em cumprimento de pena participar de curso profissionalizante.

Sou contrário à autorização para frequência ao curso de que trata o ofício consulta de fls. 101/102 (sic).

(...) embora reconhecendo o direito da mulher de exercer a profissão que bem entender, o curso de que trata o referido documento é de discutível utilidade à sentenciada (curso de pintor de paredes).

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo de Execução Provisória n. 0014139-13.2017.8.26.0502, fls. 86*. 2^a Vara de Execuções Criminais. Juiz de Direito: Richard Francisco Chequini. Julg. 24 de julho de 2017. Disponível em: portal e-saj.

Ora, ainda que houvesse um rol de diversas opções de cursos disponíveis para que as mulheres em cumprimento de pena pudessem escolher o de sua preferência e, dentre as opções, fosse escolhido o curso de pintura de parede, não caberia ao parecerista dizer se entende o curso de utilidade ou não.

A opinião pessoal, portanto, acerca da utilidade ou não que o curso pode ter na vida daquela pessoa, não deve ser usada para tolher o direito à assistência educacional previsto na lei¹⁰⁷.

A atuação do Ministério Público deve se pautar, então, de modo a estimular a execução da pena com a garantia dos direitos (inclusive ao de educação).

Giamberardino (2018, p. 59) coloca de forma expressa que o parágrafo único do artigo 19 da LEP¹⁰⁸ “é desnecessário e pode dar ensejo a interpretações discriminatórias, sendo recomendável sua revogação”. No entanto, enquanto não há uma revogação expressa de tal dispositivo, ele deve ser interpretado como revogado tacitamente pela promulgação da Constituição de 1988, que de maneira explícita garante a igualdade entre homens e mulheres.

¹⁰⁷ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (...)

Art. 11. A assistência será: (...) IV - educacional; (...)

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

¹⁰⁸ Art. 19, parágrafo único: A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

4. PENAS ILÍCITAS PELA VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE CUMPRIMENTO

4.1 A vinculação da pena às normas de execução penal

Conforme abordado no item sobre a Constituição Federal, é constitucionalmente vedada a pena cruel, juntamente com as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento.

Sendo signatário da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada em 1991¹⁰⁹, o Brasil também se comprometeu a proibir, em seu território, “atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”.

Logo, as penas devem ser cumpridas no limite do que está definido na sentença de condenação, não sendo permitido ao Estado impor uma sanção mais severa do que aquela definida pela sentença que, por sua vez, também deve respeitar os limites impostos pelas diversas normativas que se encontram em Estados Constitucionais de Direito.

Assim, da mesma forma que não caberia uma sentença penal proibir que a pessoa seja condenada a não tomar banho aos sábados, por exemplo, também não se deve entender como adequado que a pessoa presa não tenha acesso à água e, assim, fique com sua higiene limitada em razão do racionamento ocorrido na unidade prisional.

4.2 A questão da pena ilícita

Zaffaroni (2020, p. 5) explica que as penas ilícitas podem ser ações praticadas por agentes policiais ou penitenciários, ou sua omissão em relação a condutas ilícitas de terceiros.

Além de mencionar as penas ilícitas na América Latina de desaparecimento forçado e pena de morte sem processo (em lugares que formalmente já aboliram referida reprimenda), Zaffaroni (*idem*, p. 6) segue explicando que

além do exercício ilícito letal do poder punitivo - apesar de serem signatários de tratados internacionais - a região tem grande número de denúncias de delitos de torturas, maus tratos, lesões ou sofrimentos impostos por agentes ou ocorridos em razão de sua negligência, especialmente por pessoas privadas de liberdade ou no momento da efetivação de sua prisão, mas também por vítimas

¹⁰⁹ BRASIL. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm Acesso em 23 dez. 2022.

de motins, violências ou tumultos carcerários, e de doenças contraídas e lesões sofridas em razão das precárias condições carcerárias, presos em delegacias, lesões no deslocamento e em outras condições análogas.

Quase todas essas lesões aos bens jurídicos são produtos de condutas típicas (comissiva ou omissiva) de servidores estatais, ainda que algumas delas sejam por negligência ou por circunstâncias não imputáveis aos servidores do Poder Executivo, mas em razão da falta de material e precariedade das condições de trabalho desses agentes.

De todo modo, no plano internacional se trata de violações aos direitos humanos que resultam responsabilidade dos Estados, como provam as numerosas sentenças do sistema regional de direitos humanos.¹¹⁰

Zaffaroni, neste texto de 2020, prossegue explicando que já havia escrito sobre essas penas ilícitas de agentes do Poder Executivo no início da década de 1990 e que este problema segue preocupante, mas indica que há uma nova pena ilícita que surgiu – ou aumentou – desde então, de forma preocupante: a superlotação carcerária e o constante aumento do aprisionamento.

Observa-se que a questão do *hiperencarceramento* não é tema novo. Oliveira (1984, p. 82) assim descreveu a situação das prisões do começo dos anos 1980:

O condenado à pena privativa de liberdade, ao ser trancado em cela, resta impossibilitado de sustentar sua família ou obter recursos para tanto, de tomar decisões ou de exercer seus direitos, de usar seu próprio nome, de escolher suas roupas, de usufruir da posse ou propriedade de seus bens e coisas e de manter relações heterossexuais. Além destas vicissitudes, deve ainda enfrentar o angustioso e grave problema do excesso da população carcerária, o que implica reconhecidamente em maior número de presos que número de vagas nas celas, contribuindo isto para tornar degradante a situação das prisões.

Em seguida, a autora traz dados do Departamento Penitenciário Federal que indicava haver uma população carcerária de 51.491 pessoas, em dezembro de 1981, excedendo em 9.112 vagas, “sendo que 1/5 deste excesso está aglomerado na Casa de Detenção de São Paulo, distorção que contribui pesadamente para transformá-la numa das mais assustadoras do mundo”.

¹¹⁰ Tradução livre do original: “Al margen de este ejercicio ilícito letal del poder punitivo –y pese a la ratificación de tratados internacionales – abundan en la región las denuncias de delitos de torturas, malos tratos, lesiones o sufrimientos impuestos por funcionarios o no evitados por ellos, en especial a personas privadas de libertad o en el acto de hacerlo, como también las víctimas de motines, violencias o tumultos carcelarios y enfermedades contraídas y lesiones sufridas como resultado de deficientes condiciones prisionales, presos en dependencias policiales, lesiones en trasladados y circunstancias análogas. Casi todas estas lesiones a bienes jurídicos son producto de conductas típicas (activas u omisivas) de funcionarios estatales, aunque algunas los sean por negligencia o por circunstancias no imputables a los funcionarios de las agencias ejecutivas, sino del deficiente material de que estos funcionarios disponen o de las precarias condiciones en que deben cumplir sus tareas. De toda forma, en el plano internacional se trata de violaciones a los derechos humanos que generan responsabilidad de los Estados, como lo prueban numerosas sentencias del sistema regional de derechos humanos.”

Em curso ofertado pela Universidade de Leeds chamado “Encarceramento: as prisões são punições adequadas?”¹¹¹, há um tópico comparando as prisões da Inglaterra e do País de Gales com as de outros países¹¹², como a “Rikers Island” nos Estados Unidos e “Bang Kwang” na Tailândia, sendo a Casa de Detenção paulista mencionada:

Por exemplo, Carandiru, uma prisão atualmente fechada no Brasil (foi demolida em 2002) tinha condições que eram, para qualquer padrão, horríveis. A cadeia comportava mais de 8.000 prisioneiros. Muitos desnutridos e doentes (incluindo soropositivos) e 111 prisioneiros perderam suas vidas em um tumulto em 1992.¹¹³

Especificamente sobre o Carandiru, as penas ilícitas chegaram um pouco mais próximo do olhar da pessoa comum, “do homem médio”, de quem acha que nunca pisará em uma prisão, em razão do vasto material cultural produzido, seja na literatura, com a obra de médico que atuou dentro da Casa de Detenção, Varella, seja no cinema, com a adaptação do referido livro, ou nas músicas: tanto as que falam diretamente sobre o episódio¹¹⁴, ou as que o citam juntamente com outros episódios de racismo estrutural, quando Caetano Veloso e Gilberto Gil cantam

E quando ouvir o silêncio soridente de São Paulo diante da chacina
Cento e onze presos indefesos, mas presos são quase todos pretos
Ou quase pretos, ou quase brancos quase pretos de tão pobres
E pobres são como podres e todos sabem como se tratam os pretos¹¹⁵

Na canção acima, o racismo não é abordado exclusivamente no sistema prisional, mas percebe-se que, mais de cem anos depois da abolição da escravatura e quando o Brasil já iniciava o processo de redemocratização, ele era visto em diversos âmbitos. Passados mais de trinta anos, ele segue fazendo suas vítimas.

Nicolitt e Lima (2020, p. 133) dizem que

Vivemos um momento crônico do país quando a história vem sendo desautorizada por governos, instituições e indivíduos descompromissados com a produção acadêmica. Questionam a existência da ditadura, afirmam que a Terra não é redonda e dizem que machismo, homofobia e racismo são ficções.

E eles seguem afirmando (*ibidem*, p. 136) que

É claro que essas mortes e prisões não ocorrem nem ocorrerão da mesma maneira em todos os territórios — e, consequentemente, não atingem nem atingirão as mesmas pessoas. O projeto de “segurança pública” tem alvos muito bem delineados, a partir da cor, cep e idade dos sujeitos em questão.

¹¹¹ Tradução livre do original: Incarceration: Are Prisons a Suitable Punishment? - University of Leeds.

¹¹² Disponível em <https://www.futurelearn.com/courses/incarceration-prisons-suitable-punishment/19/steps/1650850>. Acesso em 03 jan, 2023.

¹¹³ Tradução livre do original: “For example, the now closed Carandiru prison in Brazil (it was demolished in 2002) had conditions that were, by any standard, horrific. The jail housed more than 8,000 prisoners. Many suffered malnutrition, disease (including HIV) and 111 prisoners lost their lives in a riot in 1992.”

¹¹⁴ Diário de um detento, faixa do álbum Sobrevivendo no inferno, de Racionais MCs, lançado em 1997.

¹¹⁵ Haiti, faixa do álbum Tropicália 2, lançado em 1993.

Vê-se, então, que a questão racial e social permanece guiando a ideia de segurança pública no decorrer dos anos.

Em relação às perversidades das prisões, nota-se que, para além da fama mundial sobre os acontecimentos trágicos ocorridos na Casa de Detenção de São Paulo, após o fatídico 02 de outubro de 1992, outras pesquisas já apontavam sua superlotação e precariedade.

Um trecho de entrevista concedida, por um preso do Carandiru, a Ramalho (1979, p. 122) traz as seguintes considerações:

Só se recupera quem for muito forte de espírito porque a revolta é grande. A revolta pela própria justiça. A justiça faz com que a pessoa fique revoltada. Eu vou te dizer uma coisa, aqui dentro tem 6.200 homens, se a justiça quisesse, eles colocariam pra fora 2.000 numa semana, isso elemento que tem direitos, pela própria lei.

Uwai (2020, p. 9) descreve o atual espaço do Parque da Juventude, local onde ficava o prédio demolido em 2002, apontando que “muita gente ainda se [espanta] quando descobre que a Penitenciária Feminina da Capital continua funcionando logo ali, ao lado do parque”.

Ao se ter em mente que prisões superlotadas não são apenas constantemente violadoras de direitos humanos de quem cumpre pena, possibilitando cenários de revoltas e motins, o que, por vezes, é considerado razoável para quem acredita no bordão “bandido bom é bandido morto”, percebe-se que pessoas que trabalham nesses locais também estão em constante risco. Nas palavras de Adorno (1998, p. 1006)

Não é estranho que o início dos anos 80 assistiu, em várias capitais brasileiras, a intensificação de motins e rebeliões de presos em cadeias públicas, distritos policiais, casas de detenção e penitenciárias. Em algumas delas, os eventos foram controlados, negociações foram realizadas, pouparam-se vítimas. Mas, em outras, sobretudo naqueles estabelecimentos que concentravam grande número de presos, os resultados foram quase sempre deploráveis pois resultaram em mortos e feridos, fossem presos ou agentes do sistema penitenciário, a par da destruição implacável do patrimônio público.

Ele segue dizendo que isto é o “desfecho trágico de uma política de segurança que encara o controle da ordem pública como um problema de enfrentamento bélico e estratégico, em que há inimigos a serem vencidos e eliminados não importando o custo material e simbólico destas operações”.

Mostrando não ser algo exclusivo do Brasil, a organização “Penal Reform International” indica que mais de 118 países excedem sua capacidade máxima de ocupação, com onze países com mais que o dobro da população carcerária do que sua

estrutura poderia receber¹¹⁶. Mendes e Martínez (2020, p. 156) mencionam o caso Monroe vs. Pape, julgado em 1961 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que já envolvia a problemática questão da superlotação carcerária.

Ainda falando sobre as situações calamitosas das prisões, Zaffaroni (2020, p. 18) afirma que “cada vez que um juiz envia uma pessoa a uma prisão degradada está impondo uma pena ilícita”¹¹⁷.

Fazendo uma comparação com o período do holocausto, o autor (*ibidem*) diz que os “juízes nazistas obedeciam às leis de seus tempos, quando não havia normas constitucionais ou internacionais válidas”¹¹⁸, e que os juízes de agora devem observar as normas hoje em vigor – e hierarquicamente superiores a eventuais leis federais ou locais. Assim, basta ser positivista e cumprir as determinações legais da constituição para saber que não se pode condenar nenhuma pessoa a penas cruéis, desumanas ou degradantes.

O autor argentino (*idem*, p. 14) diz que essas penas – cruéis, desumanas e degradantes – são penas ilícitas, “consideradas assim pelo direito constitucional de todos os países latino-americanos e, também, por todos os tratados de direito internacional de direitos humanos”¹¹⁹ e, por elas serem executadas por agentes estatais contra pessoas acusadas ou condenadas por delitos, é evidente que “estas penas ilícitas também são penas”¹²⁰.

Mais à frente, ele (*idem*, p. 15) repete o que já havia sugerido no texto sobre o mesmo tema quase trinta anos antes: esta pena ilícita imposta deve ser necessariamente descontada ou compensada da eventual pena lícita que seja a pessoa condenada ou que falte cumprir, recomendando que ela seja considerada cancelada, a depender da gravidade do dano sofrido em razão da pena ilícita. É importante ter em mente, no entanto, que esta compensação não pode servir como meio para legitimar a pena ilícita que seguirá sendo ilícita, isto é, inconveniente e inconstitucional, como bem sublinhado pelo autor (*idem*, p. 31).

¹¹⁶ PENAL REFORM INTERNACIONAL. *Overcrowding*. Disponível em: <https://www.penalreform.org/issues/prison-conditions/key-facts/overcrowding/> Recuperado em 03 jan. 2023.

¹¹⁷ Tradução livre do original: “cada vez que un juez envía a una persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita.”

¹¹⁸ Tradução livre do original: “los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas”

¹¹⁹ Tradução livre do original: “consideradas tales por el derecho constitucional de todos los países latinoamericanos y también por todos los tratados de derecho internacional de derechos humanos.”

¹²⁰ Tradução livre do original: “estas penas ilícitas también son penas.”

Ao rebater possíveis críticas de que não há previsão legal para a realização desta compensação, o autor assim sustenta (*idem*, p. 27):

A solução dogmática encontrada (...) reconstruindo o sistema com sua base firmada nos dogmas resultantes de análises das leis constitucionais, tem um claro fundamento legal: as constituições e o direito internacional são as normas fundamentais e as primeiras que devem ser observadas na construção jurídica. A realidade das prisões faz com que as penas de prisão sejam ilícitas e até mesmo configurarem tortura. Estas penas são proibidas por essas normas fundamentais: assim, por mandado constitucional, o juiz deve prescrever apenas penas lícitas ou, pelo menos, o menos ilícita possível, de acordo com as circunstâncias concretas.¹²¹

Vacani (2022, informação verbal) complementa o entendimento definindo que a pena ilícita não deve ser quantificada da mesma forma cronológica que uma pena sem tratamentos arbitrários que sejam proibidos constitucionalmente, com as violações aos direitos humanos¹²². Na mesma palestra, ele aponta um problema histórico que causa a ocorrência das penas ilícitas: todo o estudo da dogmática penal é centrado em aplicar os princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade para limitar a função do aparato punitivo do Estado na aplicação da pena, mas não para as consequências jurídicas do delito. A sua execução foi deixada para o direito administrativo e, além disso, foi retirada a responsabilidade do Estado sobre a forma que a pena é cumprida e passada para a própria pessoa que a cumpre, que deve provar ter bom comportamento para ter seus direitos garantidos.

Então, como já debatido no tópico sobre os princípios, especialmente os da fraternidade e da humanidade das penas, vê-se possível fundamentar a aplicação desta compensação de penas com a extensa normativa nacional e internacional que busca proteger a dignidade da pessoa humana.

Em relação à pena ilícita que pode ser “quantificada” em relação ao número da superlotação, Vacani (*ibidem*) reforça que a situação muda diariamente em cada unidade prisional, de modo que é necessário ter um controle constante no prontuário da execução penal de cada indivíduo acerca da unidade em que está, qual sua capacidade prevista e

¹²¹ Tradução livre do original: “La solución dogmática a que llegaremos (...) reconstruyendo el sistema con su base asentada en los dogmas resultantes del análisis de las leyes constitucionales, tiene un claro fundamento legal: las constituciones y el derecho internacional son las normas fundamentales y las primeras que debe tomar en cuenta la construcción jurídica. La realidad de las prisiones hace que las penas de prisión sean ilícitas e incluso configuren torturas. Estas penas están prohibidas por esas normas fundamentales: por ende, por mandato constitucional, el juez debe habilitar sólo penas lícitas o, al menos, lo menos ilícitas que sea posible en sus circunstancias concretas.”

¹²² Original: “la pena ejecutada mediante tratos arbitrarios, prohibidos constitucionalmente, no resulta equiparable al tiempo cronológico de su duración y supone una medida de pena mayor con relación a la privación temporal de libertad la cual debe ser compensable, determinada y cuantificada.”

sua ocupação real a cada tempo, de modo que eventual compensação de pena possa ser computada da forma mais fidedigna possível. Evidentemente que, na ausência de dados precisos que deveriam ser apurados, armazenados e organizados pelo Estado, eventual conta deve ser feita utilizando o número mais favorável à pessoa em cumprimento de pena.

Assim, se alguém ingressar em unidade prisional com capacidade de cem pessoas, mas com população efetiva de cento e cinquenta pessoas e assim permanecer por um ano e, depois passar mais um ano com uma população efetiva de duzentas pessoas, permanecendo o atual entendimento da Corte, pode ser feito um cálculo de cumprimento efetivo de um ano e meio no primeiro ano e dois anos no segundo, de modo que se teria três anos e seis meses de pena cumprida em um espaço cronológico de dois anos. Se o Estado não se desincumbir de seu ônus de indicar tais números, o cálculo então deve ser feito considerando o pior cenário registrado, isto é, da superlotação em dobro, considerando, então, quatro anos de pena cumprida.

Ainda na mesma palestra de Vacani (*ibidem*), ele diz que a mensuração da pena ilícita também deve verificar elementos para além da superpopulação e, ainda, que tais elementos não podem ser valorados de forma única, dando o exemplo de que uma pessoa que sofre violência sexual na prisão deve ter sua execução penal valorada de forma diferente daquela que sofre violência física de uma briga, pois tratam de bens jurídicos que são valorados de forma diferente pela própria norma penal, já que o tipo penal de estupro e de lesão corporal possuem preceitos secundários diferentes¹²³, por exemplo.

4.3 As decisões dos tribunais superiores em face das violações à execução da pena

Inicialmente, deve-se observar que as decisões – ou mesmo recomendações – advindas de organismos internacionais podem ser cumpridas, desde logo, por varas de primeira instância. No entanto, talvez pela falta de coragem para soltar apontada como necessária por Scapini, muitas decisões, por vezes óbvias, são tomadas depois de um longo percurso passando pelos tribunais locais sem a devida avaliação.

Como colocado em capítulo anterior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve duas oportunidades de analisar as situações degradantes de unidades

¹²³ No Brasil, a lesão corporal grave tem a pena máxima de oito anos (art. 129, §1º, CP), diferente do estupro (art. 213, CP), que tem pena entre seis e dez anos.

prisionais brasileiras e, em razão da superlotação verificada, determinar medidas provisórias para mitigar os problemas enfrentados nessas unidades.

Acatando a sugestão doutrinária de compensação da pena ilícita, como colocado acima, foi assim recomendado no Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) vs. Brasil, na Resolução de medidas provisórias datada de 22 de novembro de 2018, nos parágrafos 91 e seguintes:

Toda pena privativa de liberdade e qualquer privação de liberdade (...) conduz necessariamente uma cota de dor ou sofrimento inevitável. Não obstante, esta se reduz basicamente às inevitáveis consequências da limitação ambulatória da pessoa, à necessária convivência imposta por uma instituição total e ao respeito aos regulamentos indispensáveis para a conservação da ordem interna do estabelecimento. Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e dos seus conhecidos efeitos, o conteúdo aflitivo da pena (...) se transforma numa medida ilícita ou antijurídica. As soluções jurídicas existentes para o caso em que o agravamento das condições de privação de liberdade sejam tão extremas que resulte violatório do art. 5.2 da CADH ou de seus equivalentes constitucionais nacionais, em razão de que essa pena impõe uma dor ou sofrimento que excede em muito o que é inerente à toda pena ou privação de liberdade, são basicamente duas:

- 1) Há quem defenda que nesse caso se proceda com a liberação direta dos presos, considerando que é intolerável que um Estado de direito execute penas que são pelo menos degradantes;
- 2) A outra alternativa consiste em que de algum modo se provoque uma diminuição da população penal, no geral mediante um cálculo de tempo de pena ou de privação de liberdade que abrevie o tempo real, atendendo ao maior conteúdo aflitivo, produto da superpopulação pena.

(...) o único meio para fazer cessar a continuidade da eventual situação ilícita frente à CADH consiste em procurar a redução da população do IPPSC. A Corte considera que pela circunstância de tratar-se de um estabelecimento em particular e não da situação penitenciária geral do Estado, que não é matéria submetida à sua jurisdição, não é esta Corte competente para interferir sobre a política criminal do Estado, mas somente sobre a situação concreta do IPPSC e das pessoas ali recolhidas.

Em princípio e considerando que é inegável que as pessoas privadas de liberdade no IPPSC podem estar sofrendo uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico muito maior que o inerente à mera privação de liberdade, por um lado, resulta equitativo reduzir seu tempo de encarceramento, para o qual deve-se adotar um cálculo razoável, e por outro, essa redução implica compensar de algum modo a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução.

Considerando que está fora de dúvida que a degradação em curso favorece a superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, que duplica sua capacidade, disso resulta que duplica também a aflição antijurídica excedente de dor da pena que está sendo executada, o que impõe que o tempo de pena ou de prisão preventiva ilícita realmente sofrida seja computado a razão de dois dias de pena lícita para cada dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.

A Corte considera que a solução radical, antes mencionada, que se inclina pela imediata libertação dos presos em razão da inadmissibilidade de penas ilícitas num Estado de Direito, embora seja firmemente principiológica e quase inobjetável na lógica jurídica, desconhece que seria causa de uma enorme alarma social que pode ser motivo de males ainda maiores. A Corte prefere adotar, portanto, a outra solução, consistente na aplicação de um cálculo diferenciado para a contagem do tempo de privação de liberdade. A via

institucional para arbitrar este cômputo levando em conta como pena o excedente antijurídico de dor ou sofrimento deverá ser escolhida pelo Estado conforme seu direito interno.

A aplicação deste cômputo não exime tampouco o Estado da obrigação de redobrar os esforços para que, inclusive com a redução populacional que provoque, alcance condições dignas de execução penal para a população que não obtenha a liberdade.

Os desvios de conduta gerados por condições degradantes de execução de privações de liberdade colocam em perigo os direitos e bens jurídicos do restante da população, porque gera em alguma medida um efeito reprodutor de delinquência. A Corte não pode ignorar essa circunstância e, pelo menos no que se refere aos direitos fundamentais, a ela se impõe formular um tratamento diferente para o caso de presos acusados de crimes ou supostos crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, embora levando em conta que esses desvios secundários de conduta não ocorrem de maneira inexorável, o que exige uma abordagem particularizada em cada caso.

Consequentemente, a Corte entende que a redução do tempo de prisão compensatória da execução antijurídica, conforme o cômputo antes mencionado, para a população penal do IPPSC em geral, no caso de acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, deverá se sujeitar, em cada caso, a um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, se isso não é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se deve abreviar em medida inferior a 50%.¹²⁴

Uma semana depois, foi editada a Resolução de 28 de novembro de 2018 com medidas provisórias para outro complexo prisional, desta vez localizado na capital pernambucana: o Complexo Penitenciário de Curado¹²⁵.

Tendo sido observada situação similar ao estabelecimento carioca, a Corte afirmou no parágrafo 123 que “é inegável que as pessoas privadas de liberdade (...) podem estar sofrendo uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico muito maior que o inerente à mera privação de liberdade” e que “as penas ilícitas não deixam de ser penas em razão de sua antijuridicidade”. Neste mesmo parágrafo é feita observação de que a solução que se busca com as medidas provisórias deve estar em conformidade com as normativas e decisões internacionais, mas também “de acordo com o *mandamus* do Supremo Tribunal Federal estabelecido na Súmula Vinculante no. 56¹²⁶”.

¹²⁴ TUDO DE PENAL. *Compensação por prisão em condições degradantes*. Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/compensacao-por-prisao-em-condicoes-degradantes/>. Recuperado em 25 dez. 2022.

¹²⁵ CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de maio de 2014*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil, cit. Recuperado em 28 dez. 2022.

¹²⁶ Súmula Vinculante 56: “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.”

Em seguida, no parágrafo 124, é sugerida a contagem de “dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes”.

No parágrafo 126, é sublinhado o fato de que a situação das penas ilícitas “nunca devia ter existido, mas existe”, com a recomendação de que elas sejam reduzidas “de forma que seja computado como pena cumprida o excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado”.

É importante ter em mente, no entanto, que essa solução aplicada pela Corte não pode ser entendida como uma solução definitiva para a situação das penas ilícitas, no sentido de mantê-las em seu estado de coisas constitucional enquanto se reduz o tempo em que ela é cumprida de forma totalmente violadora de direitos.

Ela é emergencial e deve ser aplicada ao mesmo tempo em que são empreendidos esforços para que as violações de direitos cessem e, assim, possam ser cumpridos os dias determinados na sentença condenatória.

Mesmo com a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, juízes de primeiro grau ou os tribunais estaduais ainda hesitaram para cumprí-la. Tal hesitação não é novidade e não foi algo pontual, nem em relação ao tema específico da compensação de penas ilícitas, nem em relação aos estados (RJ e PE) em que as decisões devem ser cumpridas.

Em setembro de 2018, o então presidente do STJ, Noronha, assim se manifestou em evento¹²⁷:

É uma quantidade enorme de decisões condenatórias proferidas pelo TJ-SP ao arrepio de súmulas do STJ e do STF. Dizer que súmula do STJ não tem força vinculante é simplesmente fazer tábula rasa do papel constitucional dos tribunais superiores. Se eles estão lá para dar a última palavra na interpretação da lei federal, e dão, dizem como deve ser entendida, não é razoável que os tribunais e juízes manifestem decisão em sentido contrário. A livre convicção que se dá ao juiz é a livre convicção dos fatos. Para o Direito, a Constituição criou o Supremo Tribunal Federal no plano constitucional e o STJ no plano infraconstitucional. Portanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem uma dívida e é bom que a gente diga e converse sobre isso. Tem uma dívida em seguir as orientações dos tribunais superiores em matéria penal. Isso faz com que o índice de Habeas Corpus seja muito grande, tanto no STJ quanto no STF. E necessário rever esse posicionamento.

¹²⁷ MARTINES, Fernando. *Presidente do STJ repreende TJ-SP por ignorar súmulas e não conceder HC*. CONJUR, 18/09/2018. Disponível em <https://tinyurl.com/JONrepreendeTJSP>, acesso em 20 jun. 2021.

Em julho de 2020, em evento realizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), o ministro Schietti, integrante da Sexta Turma do STJ, fez discurso no mesmo sentido¹²⁸:

O Tribunal de Justiça de São Paulo é responsável por mais de 50% do movimento do STJ na área criminal. 61% das impetrações da Defensoria Pública de São Paulo são acatadas, providas, os HCs são concedidos. Isso não pode ser normal. Como o Ministro Gilmar disse: isso é um pandemônio. Isso cria um caos no sistema de justiça criminal.

(...)

É uma loteria: a depender do juiz, do desembargador ou do ministro a que venha a ser distribuída a impetração, o resultado da prestação jurisdicional será diferente. E nós temos pessoas cumprindo pena que já deveriam estar soltas desde o início do processo, porque prisão provisória não é punição. Prisão processual tem a finalidade apenas de proteger determinados interesses cautelares. Não se pune ninguém com uma prisão preventiva. E a pessoa que vai ser condenada por uma pena que sequer será cumprida em regime fechado está sendo punida por uma prisão preventiva, por conta de uma interpretação cruel, que vai contra o sistema.

(...)

Não é possível que nós continuemos com isso. (...) É preciso mudar uma cultura. É preciso entender que há divisão de competência. Uma vez que um tema jurídico definido pela Corte que a Constituição define como responsável pela interpretação da lei ou da Constituição, os Tribunais, a não ser que haja uma distinção do caso concreto, uma questão que possa ensejar uma superação do entendimento, por lealdade, por questão de segurança jurídica, não podem simplesmente afrontar essa jurisprudência, ignorando-a, dizendo que ela não vincula. (...)

Assim, percebe-se haver um medo de instâncias ordinárias de seguir precedentes das Cortes Superiores, não de forma isolada, mas em razão de algo sistemático. Não há como pensar que decisões ou simples recomendações vindas de órgãos internacionais seriam recebidas de forma mais amigável.

Kehdi (2021) escreveu sobre a dificuldade de se exigir que o Poder Judiciário aja de forma correta quando “os poucos juízes que ousam fazê-los são punidos por isso pelos seus órgãos disciplinares, em clara afronta à sua independência funcional”, elencando exemplos concretos de reprimendas sofridas por integrantes do Poder Judiciário paulista.

Ele relembra a censura sofrida pela desembargadora Boujikian por ter concedido, de forma monocrática, liberdade para pessoas que já estavam presas, de forma preventiva, para além do tempo fixado em sentença de primeira instância; a censura ao juiz Corcioli Filho, por supostamente julgar “movido por razões de ordem ideológica, curiosamente vinculadas à ideia de garantismo”; e a instauração de um processo

¹²⁸ IDP. *Habeas Corpus e Controle do Poder Punitivo*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yGv7aJfuA5w>, acesso em 20 jun. 2021.

disciplinar contra magistrado que teria “preconceito contra a polícia”, por ter relaxado flagrante por não existir evidências de fundada suspeita para a busca pessoal, da forma que o Código de Processo Penal, a jurisprudência dos tribunais superiores e internacional exigem.

Kehdi segue explicando que

muito embora à primeira vista possam parecer casos excepcionais e isolados num universo de mais de dois mil juízes, não é difícil imaginar que são mais do que suficientes para servir de exemplo e intimidar não apenas os próprios magistrados processados — que, mesmo depois de corretamente absolvidos pelo CNJ, provavelmente não terão interesse em correr o risco de enfrentar as agruras de um longo processo disciplinar —, mas também todos os demais que cogitem trilhar caminho semelhante, o que acaba por moldar, pela via do medo, a sua forma de decidir (conhecido como *chilling effect*).

E, para além das leis que originalmente tramitaram e foram aprovadas pelo Congresso Nacional e de entendimentos firmados nos tribunais superiores brasileiros, não se pode esquecer que o Brasil aceitou a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do Decreto 4.463, de 2002, assim, as medidas exaradas deveriam ter sido aplicadas de forma mais natural, sem que óbices fossem impostos.

Mas, encontrando dificuldades para solucionar os casos em instâncias ordinárias, algumas decisões emanadas pela Corte IDH tiveram que ser analisadas pelo STJ ou STF para sua correta aplicação.

Conforme colocado acima, o Brasil já foi destinatário de resolução de medidas provisórias em caso envolvendo penas ilícitas, em relação aos presos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, determinando o cômputo em dobro do tempo cumprido na unidade em condições degradantes e com ocupação bem acima de sua capacidade máxima.

Ao fazer a aplicação individual do cálculo para cada um dos destinatários da medida, o juízo do Rio de Janeiro entendeu que a contagem deveria ser feita a partir da notificação da Corte IDH, tendo sido necessário que a defesa se insurgisse contra a decisão mediante o Superior Tribunal de Justiça.

A Quinta Turma do STJ, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* 136.91, em 15 de junho de 2021, buscando sanar esta questão temporal da aplicação do cômputo em dobro da pena, sublinhou que “ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos” e, ao analisar o mérito

em si, afirmou que “não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado”.

Poucos meses depois, foi levado ao STJ novo questionamento sobre esta medida provisória, mas não em relação à modulação dos efeitos, mas em relação ao tipo penal pelo qual a pessoa teria sido condenada.

A resolução da Corte, em aparente abordagem que buscou não chocar de forma demasiada a sociedade, entendendo que a população prisional é composta majoritariamente por pessoas acusadas ou condenadas por crimes graves, definiu que a contagem em dobro seria obrigatória “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”, caso em que se determinou que exame criminológico fosse realizado para aferir o grau de agressividade (não de periculosidade) de cada indivíduo e, com isso, definir o cabimento ou não de contagem em dobro, ou se a redução da pena deveria ser feito em patamar menor.

Apesar de não haver explicação lógica que explique como uma pena igualmente degradante seria ilícita para alguém condenado por furto, mas não seria ilícita (ou que seria menos ilícita) para alguém acusado de homicídio, tendo sido este o entendimento da Corte IDH, a Sexta Turma do STJ entendeu ser necessária a aplicação da perícia criminológica, no HC 660.332, do Rio de Janeiro¹²⁹.

Ainda, em razão de o pedido ter sido analisado em agosto de 2021, no início da pandemia, a demora para a realização do exame foi desculpada pela Corte Cidadã, com a expedição de ofício para que as providências fossem elaboradas com urgência.

No final do mesmo ano, chegou ao STJ pedido para que fossem realizados cálculos mais benéficos para pessoas presas no presídio de Joinville, em Santa Catarina.

Decisão monocrática no HC 706.114¹³⁰, do relator ministro Fonseca, assim estabeleceu:

¹²⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus 660.332/RJ. 6ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Jairo Paulino de Andrade. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julg. 24/08/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202101143715&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 29 jun. 2023.

¹³⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus 706.114/SC. 5ª Turma. Impetrante: Guilherme Rodolfo Feltrin. Paciente: Vitor Gustavo Weber. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julg. 17/11/2021. Disponível em:

As medidas aplicadas pela Corte IDH ao IPPSC foram precedidas de inúmeras inspeções realizadas pela CIDH, além do exercício do contraditório pelo Estado brasileiro e da realização de diagnósticos técnicos. A resolução da Corte IDH possui eficácia vinculante restrita às partes, absorvendo todos os públicos internos, não incluindo, assim, outros estabelecimentos prisionais, como o presídio de Joinville/SC.

Em conclusão, não há amparo jurisprudencial nem legal à concessão do cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido em estabelecimento prisional diverso do IPPSC.

Mais recentemente, em junho de 2022, foi proferida decisão monocrática pelo ministro Fachin, no Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar no HC 208.337¹³¹, em relação ao descumprimento das medidas provisórias datadas de 2018 em relação aos presos do Complexo do Curado.

Tendo sido uma medida cautelar requerida por pessoa cumprindo pena por crime contra a vida, o cálculo de eventual compensação de pena deveria ser feito após perícia criminológica.

Em sua decisão, o ministro indicou que foram “superados em muito todos os prazos estabelecidos pela resolução da Corte” e que “um órgão judiciário do Estado brasileiro (...) optou por lhe negar eficácia (...) prolongando o quadro de violação de direitos humanos das pessoas presas naqueles estabelecimentos prisionais”.

Para além dessas decisões relacionadas a outras recomendações ou decisões internacionais, frisa-se que a própria ADPF 347¹³², já apresentada em tópico anterior, reconhecia o Estado Inconstitucional de Coisas no sistema prisional brasileiro, indicando que as penas nele cumpridas trazem múltiplas violações a direitos fundamentais.

João (2021, p. 134) defende a posição de que tal Estado Inconstitucional de Coisas não é passível de ser sanado, “pois diz respeito a um sistema prisional que é ilegítimo e desgovernado, ante o fenômeno do encarceramento massivo”, acrescentando que “medidas redutoras de danos não têm o condão de torná-lo menos inconstitucional – pois ou ele é todo inconstitucional ou é constitucional”.

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103633103&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 29 jun. 2023.

¹³¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar no HC 208.337 (número único: 0063692-49.2021.1.00.0000). Paciente: Ronaldo Estevao da Silva. Impetrante: Sarita Leite de Sousa. Relator: Min. Edson Fachin. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6288828>. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹³² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347 (número único: 0003027-77.2015.1.00.0000). Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Interessado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 jun. 2023.

Em outras palavras, o que a autora diz, então, é que não há como “deixar menos pior” situação que é reconhecidamente inconstitucional para que ela passe a ser aceitável: enquanto toda a estrutura não for revista para eliminar, de uma vez por todas, as diversas violações aos direitos constitucionais das pessoas presas, o sistema prisional seguirá sendo inconstitucional.

5. CASOS ANALISADOS

Como já explicado na introdução da pesquisa, aqui são apresentados apenas cinco casos escolhidos por trazerem elementos diferentes entre si que merecem atenção, em razão de sua possível repetição em outros processos, em qualquer comarca do Brasil.

Assim, dentro de um número limitado de processos aos quais a pesquisadora teve acesso, foram escolhidos processos com questões diferentes, para que não fossem trazidos dezenas de casos em que ou não haveria erro processual digno de aprofundamento no estudo ou, ainda que houvesse, seria erro igual ou bastante similar aos apresentados em um dos cinco casos escolhidos.

Friza-se, ainda, que, além do mutirão carcerário realizado, em fevereiro de 2022, pela Defensoria Pública Estadual, o próprio Poder Judiciário local realizou novo mutirão dois meses depois¹³³, de modo que, ainda que eventualmente os pedidos feitos durante o mutirão da defesa não tivessem tido a chance de serem analisados, de maneira avulsa, nos dias seguintes ao peticionamento, em virtude da alta demanda, o mutirão Judiciário poderia ter sido excelente oportunidade para que fossem analisados cada um dos pedidos feitos e, mesmo assim, como será demonstrado, alguns pedidos continuaram sem serem apreciados pelo Poder Judiciário.

Como indicado por Santos e Bo (2017, p. 36), “é necessário comprometimento do Estado com o sistema prisional, a fim de que haja a recuperação do detento.” A chamada recuperação, ou ressocialização, é uma das finalidades alegadas da pena e, para que ela seja alcançada, é necessário o engajamento de todos os atores envolvidos. Os autores continuam dizendo (*ibidem*) que

o sistema penitenciário é aquele que estabelece um regime apropriado para cumprimento das penas, a fim de que se atinja a regeneração e ressocialização dos condenados, sem privar-lhes de uma assistência mais humana, recolhendo-os e os abrigando em edifícios ou estabelecimentos construídos para aquele fim, segundo os princípios e regras aconselhadas.

Assim, percebe-se ser necessário que os princípios e as regras que fundamentam a execução penal sejam respeitados – tanto por quem está cumprindo a pena, como por aqueles que estão monitorando a sua execução.

¹³³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. *Em Tabatinga, juiz institui Semana do Mutirão Carcerário que ocorrerá anualmente na comarca.* Publicado em 15/02/2022. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/5494-em-tabatinga-juiz-institui-semana-do-mutirao-carcерario-que-ocorrera-anualmente-na-comarca>, acesso em 21 de abril de 2022.

5.1 A criança presa como se adulta fosse¹³⁴

Durante a análise preliminar do processo de Eduardo, nascido no Peru, para o preenchimento de ficha, foram identificadas duas informações bastante relevantes: ao analisar o atestado de pena, juntado nos autos pelo próprio Poder Judiciário em 04 fevereiro de 2022¹³⁵, constava a data de nascimento de 20 de março de 1990. Em seguida, foi identificado que o crime pelo qual Eduardo cumpria pena era um homicídio qualificado ocorrido em 16 de dezembro de 2007¹³⁶.

Assim, foi feito o pedido de extinção de punibilidade, em 22 de fevereiro de 2022, apontando que Eduardo estava cumprindo pena por fato ocorrido antes de ele atingir a maioridade penal¹³⁷.

No mesmo dia, foram solicitadas diligências em relação à documentação de Eduardo, sem resultado positivo. A unidade prisional não respondeu o ofício do juízo e o consulado peruano em Tabatinga¹³⁸ respondeu¹³⁹ que não havia registro de cidadão peruano com aquele nome ou nenhuma outra informação sobre ele nos livros de registros civis de nascimento daquele Consulado Geral.

Na mesma semana em que foi feito o pedido do reconhecimento da extinção da punibilidade, foi realizada audiência na vara de execuções criminais com Eduardo.

A decisão proferida em audiência¹⁴⁰, no entanto, não menciona absolutamente nada sobre a dúvida em relação a sua idade, apenas concedendo o livramento condicional de Eduardo, que havia sido pedido pela defesa em 15 de fevereiro de 2022.

Desde então, Eduardo se apresentou à justiça para justificar sua rotina, apresentando comprovante de endereço e se comprometendo a seguir regras como a proibição de frequentar bares, não sair da comarca por período superior a oito dias e comparecer mensalmente em juízo para justificar suas atividades.

¹³⁴ BRASIL. 1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga. Execução Penal. Processo 0001711-26.2013.8.04.7300. Juiz: Edson Rosas Neto. Arquivado definitivamente. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>.

¹³⁵ *Ibidem*, Movimentação 114.1.

¹³⁶ *Ibidem*, Fls. 3 da Movimentação 1.1.

¹³⁷ *Ibidem* Movimentação 132.

¹³⁸ Geograficamente localizado na cidade de Letícia, na Colômbia, que faz divisa com a cidade de Tabatinga.

¹³⁹ *Ibidem*, cit., Fls. 3 da Movimentação 144.

¹⁴⁰ *Ibidem*, Movimentação 146.

Pelo último cálculo de pena¹⁴¹, sua pena deverá ser cumprida até fevereiro de 2027.

Não obstante Eduardo ter, atualmente, mais de 30 anos de idade, se verdadeira a informação de que ele nasceu em 1990, ele teria, então, em dezembro de 2007, apenas 17 anos. Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, Eduardo era adolescente, na data dos fatos, podendo ser processado pelo ato infracional análogo ao crime de homicídio. Pelo Direito Internacional, Eduardo era uma criança naquela data¹⁴², motivo pela escolha do título deste capítulo.

Em conversa realizada com Eduardo, ele informou nunca ter tido qualquer tipo de documentação.

Eduardo também informou que, na época do julgamento, havia feito exame da arcada dentária. No entanto, o suposto laudo decorrente deste exame não foi juntado no processo de execução e o processo de conhecimento está arquivado em outra comarca, o que impossibilitou seu acesso pela pesquisadora.

De todo modo, tal fato chamou atenção e indicou certo grau de descomprometimento dos atores envolvidos com o caso, pois, ainda que o alegado exame tivesse sido realizado e comprovado que Eduardo já tinha 18 anos na data dos fatos, todos os documentos emitidos a partir de então deveriam constar a data de nascimento correta, não sendo aceitável que, mais de dez anos depois, a sua qualificação ainda fosse feita com a data de nascimento de 20 de março de 1990, afinal, ou ele havia nascido em 1989 (ou antes) e sua pena havia sido imposta de acordo com a lei, ou ele havia nascido em 1990 e não deveria estar preso por fatos ocorridos em 2007.

A colocação de Eduardo em livramento condicional, após ser feito o apontamento da dúvida sobre a sua idade, mostrou que o sistema de justiça persiste no silêncio e na negligência de tentar sanar um erro cometido há mais de dez anos, que ainda impactará, por muito tempo, a vida de Eduardo.

Sendo mantida sua condenação, sua pena deverá ser cumprida em período de prova por cinco anos. Cinco anos em que ele seguirá vinculado ao sistema de justiça. E, caso Eduardo venha a cometer – ou caso lhe seja forjado – novo crime, o período de prova

¹⁴¹ *Ibidem*, Movimentação 114.2.

¹⁴² Artigo 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança: “Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm, acesso em 28 de maio de 2022.

será desconsiderado, de modo que essa pena poderá demorar ainda mais para terminar de ser cumprida. Pena que, talvez, sequer devesse ter existido.

5.2 Condenado sem citação¹⁴³

Antônio foi processado e condenado por um crime logo que completou 18 anos de idade e, em pouco tempo, foi progredido para o regime semiaberto harmonizado, por falta de unidade específica para o cumprimento deste regime na localidade em que estava¹⁴⁴.

Assim, o cumprimento de sua pena seria realizado em prisão domiciliar, com comparecimento em todos os dias úteis na unidade prisional para comprovar estar cumprindo a pena de forma regular.

No primeiro fim de semana em regime semiaberto, em janeiro de 2019, Antônio foi a um restaurante com sua namorada e com outras pessoas e uma delas matou alguém no local¹⁴⁵.

Antônio havia feito o comparecimento regular na unidade prisional na primeira semana em que estava em regime semiaberto e na segunda-feira após esse homicídio ter acontecido. A partir da terça-feira, no entanto, deixou de comparecer¹⁴⁶.

Todas as outras pessoas investigadas foram presas preventivamente¹⁴⁷, mas Antônio não foi encontrado pelos policiais ou pelo oficial de justiça para ser citado em relação a este novo processo¹⁴⁸.

O advogado dativo dos demais acusados requereu, pelo menos duas vezes durante a primeira fase do processo, que Antônio fosse citado por edital e que o processo fosse desmembrado em relação a ele, para não atrasar o andamento processual em relação aos outros, que estavam em custódia cautelar¹⁴⁹.

¹⁴³ BRASIL. 1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga. Ação Penal. Processo 0000092-51.2019.8.04.7300. Juiz: Edson Rosas Neto. Ativo; e, BRASIL. 1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga. Execução Penal. Processo 0000783-70.2016.8.04.7300. Juiz: Anderson Luiz Franco de Oliveira. Arquivado Definitivamente em: 27/02/2023. Ambos disponíveis em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>.

¹⁴⁴ *Idem*. Movimentação 31.1 do processo 0000783-70

¹⁴⁵ *Idem*. Movimentação 1.8 do processo 0000092-51

¹⁴⁶ *Idem*. Movimentação 40.2 do processo 0000783-70

¹⁴⁷ *Idem*. Movimentação 269.1 do processo 0000092-51

¹⁴⁸ *Idem*. Movimentação 35.1 do processo 0000092-51

¹⁴⁹ *Idem*. Movimentações 276.1 e 290.1 do processo 0000092-51

Apesar disso, o teor dos memoriais apresentados pelo Ministério Público foi para que todos os acusados fossem pronunciados, incluindo Antônio¹⁵⁰ que, não tendo sido citado, sequer havia apresentado qualquer forma de defesa.

Antônio foi pronunciado¹⁵¹ e, ainda foragido, foi julgado por um Conselho de Sentença resultando em uma pena de mais de 29 anos de reclusão¹⁵².

Algumas das pessoas envolvidas foram absolvidas, outra foi condenada por homicídio simples por ter, de acordo com a denúncia, auxiliado o atirador. O atirador foi condenado por homicídio qualificado, pois atirou nas costas da vítima e, ao atirar de forma descuidada, colocou em risco outras pessoas¹⁵³.

Antônio, apesar de ter sido denunciado como prestador de ajuda tal qual os demais, também teve os quesitos julgados como o do atirador, sendo essa razão, somada com sua condenação prévia, de sua pena ter sido a mais alta de todos os acusados.

Sua prisão foi efetivada apenas em setembro de 2020¹⁵⁴, mais de um ano depois da ocorrência da sessão de júri em que não compareceu, por não ter sido citado.

Com a identificação da nulidade do processo, sua condenação foi anulada¹⁵⁵, tendo Antônio regularmente citado e, então, reiniciada a fase sumariante do processo em seu desfavor.

Em novembro de 2022, após audiência em que apenas algumas das testemunhas foram ouvidas, a juíza acolheu o pedido de relaxamento da prisão feito pela defesa, tendo sido Antônio colocado em liberdade¹⁵⁶.

Apesar de não constar a informação no processo de conhecimento no processo do júri, o processo de execução de Antônio traz o registro de que ele fez seu comparecimento regular na segunda-feira seguinte ao homicídio.

Nota-se que, além dos próprios policiais militares que administraram aquela unidade prisional, o endereço físico da unidade prisional é ao lado da delegacia de polícia civil da cidade.

¹⁵⁰ *Idem*. Movimentação 288.1 do processo 0000092-51

¹⁵¹ *Idem*. Movimentação 291.1 do processo 0000092-51

¹⁵² *Idem*. Movimentação 324.1 do processo 0000092-51

¹⁵³ *Ibidem*

¹⁵⁴ *Idem*. Movimentação 227.1 do processo 0000092-51

¹⁵⁵ *Idem*. Movimentação 376.1 do processo 0000092-51

¹⁵⁶ BRASIL. 1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga. Ação Penal. Processo 0600885-33.2022.8.04.7300. Desmembramento do Processo 000092-51. Movimentação 62.1. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>.

Assim, pode causar certo estranhamento observar que uma pessoa tenha praticado – ou colaborado com a prática de – um homicídio em um local público da cidade e, dois dias depois, ter voluntariamente comparecido perante autoridades policiais civis e militares.

Após esse comparecimento na segunda-feira, Antônio soube que estava sendo procurado e investigado pelo fato e, a partir de então, deixou de comparecer na unidade, empreendendo fuga.

Outra estranheza facilmente identificada em seu processo é a ausência de resposta à acusação ou qualquer outro tipo de defesa escrita em seu favor – o que é justificado, tendo em vista ele nunca ter sido citado para constituir defesa técnica ou pedir defesa técnica fornecida pelo Estado. O que não se sabe ao certo, porém, por ausência de registros, é como foi feito o plenário do júri: os advogados ali presentes representavam tão somente os corréus. Eles teriam, voluntariamente, usado parte de seu tempo para tentar defender alguém que não havia lhe contratado?

Exceto pelo atirador – que, de acordo com os autos, teria feito diversos disparos na direção das costas da vítima, atingindo e lesionando outra pessoa – os demais acusados foram absolvidos ou, quando muito, tendo sido considerados como pessoas que auxiliaram de maneira genérica na execução do crime, mas que não tiveram conduta que colocou outras pessoas em risco e que não agiram de modo a surpreender a vítima, foram condenadas por homicídio simples. Pelas mesmas informações nos autos – incluindo vídeos do momento do crime e dos momentos anteriores – percebe-se que a conduta de Antônio mais se assemelharia com a das pessoas que foram absolvidas ou, quando muito, com as de quem foram condenadas por homicídio simples, mas bastante distante de ter sido parecida com a conduta do atirador.

Assim, o que se presume é que, não tendo Antonio tido nenhuma palavra em seu favor, a acusação feita pelo órgão ministerial foi facilmente aceita pelo corpo de jurados, em agosto de 2019, ocasionando uma condenação por todos os quesitos formulados pela acusação, isto é, pelo órgão que deveria ser o fiscal da lei e ter visto, desde o início, que Antônio sequer havia sido citado naquele processo, não podendo, portanto, ser submetido a um julgamento de conduta a ele imputada.

5.3 “Furtador contumaz” com erros judiciais contumazes¹⁵⁷

Ao analisar o processo de Cláudio, em fevereiro de 2022, o último cálculo de pena ali constante era datado de 31 de janeiro de 2022¹⁵⁸.

De acordo com este cálculo, Cláudio estava cumprindo um total de 18 (dezoito) anos de reclusão, em razão do somatório de quatro condenações diferentes, sendo um furto – com pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão – e três roubos – com penas de reclusão de 04 (quatro) anos; 06 (seis) anos e 08 (oito) meses e 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses. Também de acordo com esta certidão, sua última prisão aconteceu em razão do último flagrante, em 09 de abril de 2020.

No cálculo elaborado em janeiro de 2022, havia a informação de que Cláudio faria jus à progressão de regime em 14 de novembro de 2023 e ao livramento condicional em 20 de setembro de 2023 e, assim, aparentemente não havia pedidos para serem feitos na época da realização do mutirão de atendimento.

Apesar de, em um primeiro momento, a defesa ter entendido que, de forma imediata, havia pouco – ou quase nada – a ser feito por Cláudio, cada um dos quatro processos de conhecimento e o processo de execução foram analisados de forma detalhada, de modo que as consequências da vida de Cláudio mudaram totalmente.

Em 07 de março de 2022, foram feitos cinco pedidos em favor de Cláudio¹⁵⁹.

O primeiro pedido foi para que o cálculo de progressão de regime fosse ajustado para que se constasse a data-base correta, tendo em vista que o cálculo previamente elaborado usava a data da sentença do último processo em que Cláudio foi réu (o que gerou sua última prisão em flagrante em 09 de abril de 2020).

O segundo pedido foi para que o juízo de execuções, usando sua atribuição prevista no artigo 66, I, da LEP¹⁶⁰, revisasse a sentença de um dos processos de roubo.

¹⁵⁷ BRASIL. 1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga. Execução Penal. Processo 0000990-35.2017.8.04.7300. Juiz: Edson Rosas Neto. Arquivado Definitivamente. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/>

¹⁵⁸ *Ibidem*. Movimentação 68.4

¹⁵⁹ *Ibidem*. Movimentação 80.1

¹⁶⁰ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

Tendo ocorrido em 2016, a pena intermediária de 05 (cinco) anos foi aumentada, na terceira fase da dosimetria da pena, em razão do uso de faca¹⁶¹, totalizando uma pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Com o advento da lei 13.654, em 2018, o uso de arma branca deixou de ser considerado causa de aumento, e, portanto, a pena de Cláudio deveria ter sido reajustada para 05 (cinco) anos.

O terceiro pedido foi em relação ao processo de execução do crime de furto – o primeiro processo criminal de Cláudio.

Cláudio ficou preso, em razão exclusivamente deste processo, entre as datas de 20 de dezembro de 2014 e 01º de abril de 2015 e do dia 19 de junho até meados de 2016¹⁶². Assim, em 25 de dezembro de 2015, Cláudio já havia cumprido o equivalente a $\frac{1}{3}$ (um terço) da pena pelo delito de furto.

Como no Decreto 8.940/2015, o artigo 3º, I, exigia o cumprimento de $\frac{1}{4}$ (um quarto) da pena para pessoas primárias, que haviam sido condenadas por crime praticado sem grave ameaça ou violência à pessoa, para que a pena fosse indultada, Cláudio fazia jus ao indulto desta pena.

O quarto pedido foi também para que fosse corrigida outra sentença de processo de conhecimento.

Neste caso, no entanto, não se tratava de mudança legislativa posterior, mas de erro material aritmético: na segunda fase da dosimetria, a pena foi estabelecida em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses e, na terceira, foi inicialmente aumentada a sanção em $\frac{1}{3}$ (um terço), em razão do concurso de agentes e, posteriormente, foi reduzida a pena em $\frac{1}{3}$ (um terço), por conta de participação de menor importância de Cláudio, de modo que essas frações foram, de maneira equivocada, compensadas na sentença condenatória.

Ao aumentar uma pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses em um terço, tem-se um total de 06 (anos), 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias. Ao reduzir um terço deste novo total, o total da pena-definitiva se transforma em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão (um pouco mais de seis de meses de diferença, portanto).

Por fim, foi reiterado o pedido de homologação de remição que já havia sido previamente solicitado pela defesa.

¹⁶¹ Na época, a redação vigente do segundo parágrafo do artigo 157, dizia “A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma”, sendo pacífico que o termo “arma”, ali, se referia à arma de fogo ou arma branca.

¹⁶² *Ibidem*. Movimentações 1.7 e 1.23

Em 08 de abril de 2022, houve audiência com o juiz e Cláudio e, naquela ocasião¹⁶³, foi determinada a remessa dos autos o Ministério Público se manifestar em relação ao pedido de indulto e afastamento da arma branca, bem como foi realizada a homologação dos dias remidos e determinado o uso da data-base correta.

Em seguida, foi juntado parecer favorável do Ministério Público em relação aos dois pedidos a ele remetidos.

Assim, em 14 de abril de 2022, foi concedida a progressão de regime para Cláudio¹⁶⁴ – bem antes da data indicada em cálculo anterior, que seria no segundo semestre de 2023.

No entanto, apesar de deferidos os pedidos de indulto do furto, da correção da quantificação da pena pelo afastamento do uso da arma branca e da homologação da remição por estudo, até o dia 29 de maio de 2022, não havia sido feita a juntada de novo cálculo indicando a nova quantificação de pena, ainda constando os 18 (dezoito) anos previamente indicados.

Além disso, o pedido de correção do erro material de matemática não foi analisado, de modo que, ainda que atualmente em regime diverso do fechado, Cláudio segue cumprindo uma pena total maior do que o que deveria ser cumprido.

5.4 Mais erros matemáticos¹⁶⁵

Assim como no caso anterior, em que um dos tantos erros encontrados – e até o momento não corrigido – foi de matemática básica, o processo de Laércio também trouxe um erro aritmético que está lhe custando tempo preso além da conta.

Diferentemente do caso anterior, no entanto, esse erro aparentemente era o único erro de seu processo, tendo potencial de ser mais facilmente analisado o pedido feito pela defesa.

Laércio está preso em regime fechado por conta de um único processo de conhecimento, de tráfico de drogas, relacionado a fato ocorrido em 2006.

A sua sentença condenatória, proferida em 2007, teve a dosimetria realizada da seguinte maneira: a pena-base foi fixada em sete anos de reclusão e, em razão da confissão, foi atenuada para seis anos, na fase intermediária.

¹⁶³ *Ibidem*. Movimentação 93.1

¹⁶⁴ *Ibidem*. Movimentação 101.1

¹⁶⁵ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas*. Processo n. 0001129-26.2013.8.04.7300.

Na terceira fase, incidindo o artigo 40, I, da Lei 11.343/06, a pena foi aumentada. Esse aumento que foi feito de forma curiosa e possivelmente errônea.

Como se sabe, o aumento do referido artigo pode ser de $\frac{1}{6}$ (um sexto) a $\frac{2}{3}$ (dois terços), ficando a critério do órgão julgador a escolha da fração exata. E como toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, por mandamento constitucional¹⁶⁶, a escolha de um patamar acima do mínimo exigido pela lei deve ser justificada de forma explícita.

Em outros termos, a simples comprovação de que o tráfico de drogas foi ou seria realizado de forma transnacional pode fazer incidir o aumento mínimo definido na lei (de um sexto). Qualquer escolha diferente de um sexto deve contar com justificativa mais profunda (em um exemplo imaginário, poderia se justificar o aumento acima do mínimo legal se fosse comprovado que o entorpecente estava sendo levado para um país que estava livre de drogas por mais de um século).

No caso de Laércio, não foi feita nenhuma menção sobre algum motivo para que o aumento fosse diverso do mínimo.

Na fundamentação da sentença, a internacionalidade do delito sequer é devidamente comprovada, sendo simplesmente “presumida” – palavra utilizada na própria sentença¹⁶⁷:

No caso em tela, a internacionalidade da conduta subsumida ao modelo do art. 33, da Lei 11.343/2006, com a majorante do art. 40, I, do mesmo diploma legal está presumida, haja vista o conhecimento de que a cidade de Tabatinga não produz substâncias entorpecentes, mas que essas entram no território brasileiro originárias do Peru e da Colômbia, onde há produção em larga escala e onde o tráfico é fruto do crime organizado.

E pouco – ou nada – se falou em relação à escolha da fração para o aumento na terceira fase, no momento da dosimetria da pena¹⁶⁸: “Além disso, constata-se a existência da causa especial de aumento de pena, prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, pelo que deve ser aumentada a pena-base na fração de $\frac{2}{3}$ (um terço), elevando-a para 10 (dez) anos de reclusão” (sic).

Percebe-se, então, que o mais correto e benéfico para Laércio seria fazer um pedido de revisão criminal ou até mesmo impetrar um *habeas corpus* substitutivo para afastar, de forma total, a causa de aumento, tendo em vista que ela foi aplicada por uma mera presunção (nas próprias palavras da magistrada sentenciante) da

¹⁶⁶ Artigo 93, IX, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁶⁷ Folha 01 da movimentação 1.10.

¹⁶⁸ Folhas 01 e 02 da movimentação 1.11.

internacionalidade¹⁶⁹. No entanto, em razão da internacionalidade identificada, o processo de conhecimento tramitou na Justiça Federal, onde a Defensoria Estadual não tem atuação. Não obstante, foi encaminhado ofício à Defensoria Pública da União com a sugestão de verificar a possibilidade de melhorar a sentença de Laércio (além da ausência de fundamento para a aplicação da causa de aumento acima do mínimo legal, não houve explicação para a não aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da mesma lei).

De todo modo, a defesa entendeu que a parte do erro material da sentença poderia ser corrigida de pelo Juízo de Execução, por ser questão de ordem pública e que mesmo de ofício poderia ter sido corrigida.

Assim, em 07 de março de 2022 foi feito peticionamento para que a terceira fase tivesse o aumento de $\frac{1}{3}$ (um terço) de seis anos (ou seja, que fossem acrescidos dois anos aos seis anos fixado na segunda fase da dosimetria, e não os quatro anos de fato acrescidos, que transformaram a pena total em dez anos de reclusão).

A justificativa da defesa para se considerar o valor de $\frac{1}{3}$ e não de $\frac{2}{3}$ foi colocada em três pontos¹⁷⁰:

- 1) a razão de ser da escrita do numeral por extenso, dentro dos parênteses, é justamente para que eventuais dúvidas sejam sanadas e para dificultar a rasura de algum algarismo;
- 2) todas as decisões devem ser bem fundamentadas, com especial atenção para qualquer pena que seja fixada acima do mínimo legal (ou aumentada em fração mais gravosa, ou reduzida em fração menos vantajosa). No presente caso, não há nenhuma menção a motivos que justifiquem a causa de aumento ser na fração máxima possível – sendo o mais correto que o aumento fosse, portanto, de $\frac{1}{6}$ (um sexto);
- 3) em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, existindo dúvida sobre a r. sentença, deve ser aplicada a interpretação mais favorável à pessoa acusada.

¹⁶⁹ O foco que se pretende trazer para esse relato é como o Poder Judiciário e demais coadjuvantes estão lidando com a questão processual de Laércio em 2022, sem entrar no mérito sobre o que foi feito ou não em 2006 e 2007, no decorrer do seu processo de conhecimento. No entanto, para contextualizar a leitura sem que haja necessidade de ser feito o acesso aos autos processuais, pelo leitor ou leitora desta dissertação, o relatório da sentença de Laércio indica que a Polícia Federal o prendeu em uma lancha, a caminho da cidade de Manaus. Tal como nos trechos citados da sentença, a denúncia também trazia dúvida sobre a internacionalidade: “supostamente proveniente da Colômbia”. Ainda que a substância tenha tido sua origem em outro país, já que não há/havia produção de cocaína em Tabatinga, não há como aplicar a causa de aumento da internacionalidade em todo e qualquer caso de tráfico em área fronteiriça. Mesmo que se presuma que houve prévio tráfico internacional, sem a certeza da participação de Laércio na empreitada, não há como ele ter sua pena aumentada por conta disso. Terceiros podem ter praticado o tráfico internacional e, com a substância já em território brasileiro, podem ter feito a divisão para posterior distribuição, entregando parte Laércio levar para Manaus e outras partes para serem levadas a outras cidades (dentro ou fora do Brasil).

¹⁷⁰ Folha 02 da movimentação 126.1.

A defesa indicou que, sendo acolhido o pedido de correção da sentença, Laércio teria cumprido a totalidade da pena corpórea, sendo necessário o reconhecimento da extinção de sua punibilidade e da expedição urgente de alvará de soltura em seu favor.

Em 21 de abril de 2022, isto é, passadas mais de seis semanas, com o mutirão carcerário judiciário realizado durante esse período, o pedido defensivo sequer foi enviado conclusos, sem nenhuma movimentação nova no processo desde o peticionamento defensivo, não obstante o envio de ofício para a vara indicando que havia sido feito pedido no presente processo que poderia ensejar a extinção de pena de Laércio, que segue preso.

Sua pena foi declarada extinta apenas em julho de 2022, com o cumprimento do alvará de soltura (diretamente do regime fechado, portanto) em 07 de julho de 2022¹⁷¹.

5.5 Tão perto, tão longe – a execução de Santarém que não consegue atravessar a fronteira para o Amazonas¹⁷²

Túlio é um senhor indígena nascido em 1970 e, até 2010, nunca tinha se envolvido com a justiça. Poucos dias antes de completar 40 anos de idade, se envolveu em uma ocorrência policial, em Santarém, no Pará, e foi condenado a uma pena de quase catorze anos de reclusão.

Apesar de a principal disruptura identificado em seu processo ter sido a comunicação falha entre as comarcas, como se verá a seguir, a dosimetria de sua pena¹⁷³ merece ser aqui colacionada para entendermos que os problemas prisionais são sequências de erros e não um ou outro erro isolado:

O réu demonstrou culpabilidade intensa, vez que agiu livremente, colocando em risco a integridade física, psíquica e moral dos seus eventuais clientes no tráfico de drogas, movido essencialmente por sua cupidez e intenção de ganho fácil, causando intranqüilidade (sic) no meio social; não há nos autos registro de antecedentes criminais do acusado; não há nos autos como avaliar a conduta social do réu; os motivos do crime são altamente reprováveis, vez que visava o lucro imediato, não se ponderando o desvalor da conduta frente aos danos que ela causaria aos eventuais consumidores da droga apreendida, seus familiares e à sociedade como um todo, em virtude dos males conjunturais do tráfico e do uso de drogas; as circunstâncias e consequências (sic) do crime são desfavoráveis ao réu, vez que o trouxe drogas de outro estado para esta cidade, em grande quantidade e que, colocado no mercado, iria causar vários

¹⁷¹ Movimentação 8.1 do processo 0001129-26.2013.8.04.7300 (migrado do sistema projudi para SEEU, em 18 de junho de 2022). Disponível em: <https://seeu.pje.jus.br/seeu/>

¹⁷² BRASIL. Juízo de Direito da 10º Vara Pena da Comarca de Santarém/PA. *Processo nº 0000255-18.2012.8.14.0051*. Apenado: Julio Romero Chaves.

¹⁷³ *Ibidem*. Folha 17 da movimentação 1.3.

problemas de ordem policial, de saúde pública e social; o comportamento das vítimas, em casos tais, é movido pelo vício, pelo que não podem ser apontadas como livremente tendo contribuído para a ocorrência do delito, o que sobreleva a necessidade de uma pena base maior.

Assim, com base na análise acima das causas judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, fixo a pena base em 10 (dez) anos de reclusão, a qual reduzo, com fulcro no disposto do art. 65, III, d - confissão perante a autoridade -, do Código Penal, adotando o patamar de $\frac{1}{2}$ para a minoração, fixando-a em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, não havendo circunstâncias agravantes, aumentando-a em $\frac{1}{2}$ em face da incidência do disposto no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, elevando-a para 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a qual diminuo em $\frac{1}{2}$, dando aplicação ao disposto no §4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduzindo-a, assim, para 8 (OITO) ANOS, 1 (UM) MÊS E 6 (SEIS) DIAS DE RECLUSÃO, pelo que a torno definitiva no patamar fixado acima, determinando o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda imposta, observando-se o disposto no art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990.

A pena-base do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006¹⁷⁴ é de cinco anos. Para Túlio, no entanto, ela foi fixada em dez anos, o dobro do mínimo previsto, por ter sido entendido que algumas circunstâncias do artigo 59 do Código Penal eram desfavoráveis: culpabilidade, motivos do crime, circunstâncias e consequências do crime e até mesmo o comportamento das vítimas, apesar de se tratar de um crime contra a saúde pública, isto é, sem vítima determinada.

Ao analisar a sentença com cautela, no entanto, percebe-se não ter sido nenhuma fundamentação que não fosse inerente ao próprio tipo penal. Ainda, o item “circunstâncias” foi valorado negativamente com a justificativa de se tratar de comércio interestadual, em evidente *bis in idem*, já que essa modalidade do crime tem uma causa de aumento específica, que foi aplicada na terceira fase. O item “consequências” não considerou uma consequência gerada pelo caso concreto, mas por uma eventual consequência que poderia ter ocorrido caso o entorpecente não tivesse sido apreendido.

Não bastasse a pena excessiva e desproporcionalmente alta, Túlio cumpriu parte inicial de sua pena de 2010 – quando foi preso em flagrante – até meados de 2014, no estado do Pará, longe de sua família.

Nesse intervalo, foi feito o pedido pela defesa de Túlio para sua cidade natal, isto é, Tabatinga, para que o contato com a família fosse efetivado, para aumentar as chances de êxito na dita finalidade da pena de ressocialização.

¹⁷⁴ BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnад; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm Acesso em 29 jun. 2023.

Friza-se que o pedido de transferência foi feito com a comprovação de que Túlio era indígena, o que poderia lhe garantir o cumprimento de sua pena em regime especial de semiliberdade, com o cumprimento feito fora de unidade prisional, na sua própria comunidade ou no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos indígenas, nos termos do parágrafo único do artigo 56 da Lei 6.011 de 1973 (Estatuto do Índio).

O deslocamento foi deferido pelo judiciário paraense, porém, condicionado à abertura de vaga na unidade prisional de Tabatinga, não obstante a possibilidade do cumprimento de pena em regime especial de semiliberdade.

Em julho de 2014, foi progredido ao regime semiaberto, ainda em Santarém. Na semana do dia dos pais, gozou do direito à saída temporária e voltou para a sua cidade natal, em outro estado, não se apresentando de volta para a autoridade policial ou judicial com medo de ser novamente recambiado para Santarém, longe de sua família.

Assim, permaneceu foragido de agosto de 2014 até o início de março de 2021, quando teve o mandado de prisão cumprido em razão do abandono da pena.

Sendo comunicado sobre o mandado de prisão cumprido em comarca amazonense, o juízo de execuções encaminhou o processo ao TJAM em 31 de março de 2021 por e-mail. Ao questionar a vara de execuções de Santarém sobre a remessa dos autos, a resposta enviada pelo aplicativo de *whatsapp*, juntamente com comprovante do envio de e-mail, foi de que “o envio não foi feito pelo sistema SEEU pois não havia, até então, acesso daquela comarca ao referido sistema.”

Onze meses depois do envio dos autos para a comarca em que Túlio estava preso, em fevereiro de 2022, não havia nenhuma informação no sistema local na época em que foi realizado o mutirão de atendimento. Após o contato realizado pela defesa com a vara de origem, foi enviado ofício, em 18 de março de 2022, indicando a urgência de que o processo de execução criminal de Túlio fosse instaurado naquela comarca, para que seus direitos pudessem ser pleiteados. Em 22 de abril de 2022 ainda não havia nenhum processo de execução criminal em nome de Túlio naquela comarca, permanecendo ele preso sem poder pleitear por seus direitos como, por exemplo, seu livramento condicional, tendo em vista já ter alcançado o lapso temporal para isso em agosto de 2021.

Com o silêncio do Poder Judiciário em relação ao ofício enviado em favor de Túlio, a Defensoria Pública da comarca instaurou um processo novo, em maio de 2022, como “pedido de providências”, pedindo que o referido processo foi adequadamente

instaurado, o que ocorreu apenas em junho de 2022, com a transferência dos processos de execução do sistema projudi para o SEEU.

De acordo com atestado de pena emitido em janeiro de 2023¹⁷⁵, Túlio foi progredido para o regime semiaberto em outubro de 2022, tendo permanecido em unidade prisional de regime fechado por mais tempo do que teria ficado, caso o processo não tardasse tanto para ser instaurado e os cálculos arrumados.

¹⁷⁵ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas*. Processo 0600448-89.2022.8.04.7300, Movimentação 67.2.

6. ALGUMAS PROPOSTAS PARA UMA EXECUÇÃO PENAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Thomas Morus, em 1516, escreveu Utopia, sua obra mais famosa e já mencionada no tópico sobre o princípio da humanidade das penas. Nesta ficção, ele conta a história de uma ilha cujo nome batizou o livro: uma terra perfeita, ideal, em que (quase) todas as pessoas compartilhavam a mesma riqueza, o mesmo prestígio, a mesma educação e a mesma felicidade (2016, p. 69)

Esse “quase” ainda nos separa hoje, mais de 500 anos depois. O *rapper* Emicida canta que “a felicidade do branco é plena”, mas “a felicidade do preto é quase”¹⁷⁶, o que pode ser interpretado de diversas formas e, em linhas gerais, indica a dificuldade maior na vida das pessoas negras em razão do racismo. E, como já mencionado, é impossível falar sobre execução penal sem pensar na seletividade penal que, no Brasil, tem um público-alvo majoritariamente negro, pobre e periférico.

Em São Paulo, por exemplo, de acordo com dados de 2021¹⁷⁷, das mais de 209 mil pessoas presas, menos de 82 mil se autodeclararam branca, isto é, na unidade da federação com mais pessoas presas, mais de 57% são não-brancas. Em dados trazidos por Mendes e Martínez (2020, p. 174), obtidos no Infopen de 2017, os presídios brasileiros tinham 63,6% de pessoas pretas e pardas e 35,4% brancas – comparativamente, as autoras indicam que a população geral do país, na mesma época, era composta por 55,4% de pessoas pretas e pardas e 43,6% de pessoas brancas.

Estudo de Uwai (2020, p. 11) mostra como a seletividade opera também em relação a pessoas migrantes¹⁷⁸, ao analisar os números da Penitenciária Feminina da Capital, em SP:

Especialmente nessa penitenciária, há uma grande concentração de mulheres migrantes. As nacionalidades variam, na maioria das vezes, de acordo com os contextos políticos e socioeconômicos dos países de origem. Alguns, no entanto, costumam estar sob maior vigília quando pessoas desses países entram no Brasil.

Nessa conta, soma-se o racismo estruturante das nossas instituições, que coloca sob suspeita principalmente pessoas de países do continente africano e, entre os países da América Latina, a Bolívia.;

¹⁷⁶ Ismália, faixa do álbum Amarelo, lançado em 2019.

¹⁷⁷ SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. *Dados estatísticos da população carcerária masculina e feminina*. Data Base: 31/05/2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/31052021SAPSP>, p. 2. Acesso em 07 ago. 2021.

¹⁷⁸ Ainda que o ITTC não tenha uma atuação com abrangência nacional, sua base de dados é bastante significativa, em razão de sua atuação no estado mais populoso, no geral, e com a maior população carcerária, além de contar com o maior aeroporto internacional do país. Recuperado em 27 jan. 2023 de <http://ittc.org.br/boletim-banco-de-dados-qual-o-perfil-das-mulheres-migrantes-atendidas-pelo-ittc/>

A seletividade penal, no entanto, não é uma exclusividade do Brasil. Ela existe, em menor ou maior medida, em todo lugar, simplesmente por ser humanamente impossível que agências de controle penal do Estado possam, de fato, controlar – investigar, processar, condenar e executar eventual pena – de todas as pessoas que cometem ilícitos penais.

Em artigo publicado na revista *Harvard Journal of African American Public Policy*, os autores St. John e Blount-Hill (2019, p. 46) afirmam que a comunidade afro-americana é representada de forma desproporcional dentro da população carcerária¹⁷⁹.

Assim, forças policiais devem “escolher” onde direcionar seus recursos humanos e financeiros, não sendo surpresa que tais escolhas sejam em alvos mais fáceis, tanto pelo tipo de criminalidade que é mais visível e, portanto, fácil de se identificar (por exemplo, roubo de carro sendo mais perceptível que sonegações de impostos e lavagem de dinheiro), como pela localização geográfica onde situações similares ocorrem (comércio de entorpecentes em festas de bairro nobres não sofrem a mesma repressão que o comércio realizado em comunidades periféricas), ou até mesmo em relação à classe social e cor da pele, como explica Semer (2019, p. 303):

Não basta que haja uma legislação indiretamente segregacionista ou uma polícia fortemente racista; o sistema só funciona na medida em que promotores e juízes também nele estejam inseridos.

Para os efeitos do encarceramento brasileiro, portanto, o modelo ilumina, sobretudo, a centralidade e a seletividade da guerra às drogas como forma de definir o perfil populacional. Tais fatos também decorrem de nossas estatísticas que relacionam crime de drogas e crescimento do encarceramento. A formatação do perfil prisional é, de certa forma, também captada por nossa pesquisa de sentenças: a seletividade demonstrada nos processos pesquisados é consequência direta da opção preferencial pelo pobre, evidenciado, sobretudo, pela desproporcional atuação policial na repressão a partir da vigilância da rua. O aumento das penas e um maior engajamento policial na guerra às drogas também vem tornando o encarceramento brasileiro paulatinamente mais feminino - mantendo e aprofundando, todavia, a sobre representatividade negra nos cárceres.

Note-se que apesar de não ter feito uma pesquisa em todas as unidades da federação, a pesquisa de dissertação de Semer analisou sentenças de tribunais de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Maranhão, Goiás, Pará, Bahia e Minas Gerais, ou seja, com todas as cinco regiões brasileiras sendo analisadas.

Voltando à ilha de Morus, seu nome vem do grego “ou” (“ou” = não) e “τόπος” (“topos” = lugar), de forma que a palavra significaria “um não-lugar”. Porém, há quem

¹⁷⁹ Tradução livre do original: “(...) [the African American community] is disproportionately represented in the carceral population”

diga que o filósofo foi intencionalmente ambíguo e que pode ter criado a palavra “utopia” com a junção do prefixo “eu”, que significa feliz, fazendo com que a ilha se chamassem “um lugar feliz”, como Fraga (2016, p. 2).

Na obra de ficção de Morus, é possível acompanhar a criação de uma ilha a partir de uma península, o que fez com que pessoas que antes viam a ideia de Utupos, o idealizador desta nova nação, como uma obra de futilidade risível, ficassem temivelmente admiradas (2016, p. 61).

O espanto que tomou conta da região não foi só em razão da alteração geográfica do espaço, mas de todas as regras e costumes que o líder Utopus conseguiu implementar ali.

Outro aspecto diferente que se vê na ilha é como as prioridades são diferentes. Enquanto alguns países vizinhos dão mais valor ao acúmulo de capital e ao ócio desfrutado por quem tem essas riquezas, em Utopia, toda a população tem acesso aos mesmos bens materiais, todas as pessoas trabalham – e, dessa forma, todas trabalham menos do que a média trabalhada onde apenas parte da população trabalha (*idem*, p. 68)

Essa história antiga traz pontos em comum com outra história brasileira: Utopus olhou a sociedade como ela se apresentava e quis mudar algum de seus aspectos, sendo chamado de utópico, da mesma maneira que quem ousou imaginar um mundo sem pessoas escravizadas também foi chamado dois séculos atrás.

Ambas as histórias se relacionam com o objetivo do presente trabalho, em que se propõe um cuidado integral com a defesa das pessoas em situação de prisão, para minimizar e, eventualmente (de preferência em breve), acabar com as penas ilícitas (ou com as penas).

Se algum objeto está quebrado e não funciona da forma que ele deveria funcionar, não basta tentar arrumar da mesma maneira, por diversas vezes, se essa maneira se mostra infrutífera nas primeiras vezes. Se um registro de água não se fecha por completo e a água segue pingando, pode-se tentar bater no registro para girá-lo mais forte e assim fechar, por alguns instantes, a corrente de água. Mas cada vez que se abrir o registro e voltar a fechá-lo, o problema continuará ali, porque bater no registro não é a forma correta de corrigir o problema. Deve-se observar a parte interna do registro para diagnosticar o problema e resolvê-lo, trocando eventual peça gasta, por exemplo.

Se em séculos de uso da prisão os mesmos erros acontecem de forma repetida, com uma superlotação que é aparentemente insuperável, com rebeliões que colocam em

risco pessoas que ainda não foram julgadas e que trabalham na unidade prisional (além das pessoas cumprindo sua condenação mas que, de igual maneira, não deveriam ter sua integridade física ameaçada), tentar usar as mesmas soluções provavelmente não trará nenhum êxito, de modo que é de extrema importância trabalhar a imaginação não-punitiva, tentando trazer pensamentos diversos para se chegar em possíveis meios de resolver as disrupturas do sistema legal.

Ao falar sobre política, de forma ampla, Krenak (2019, p. 42) questiona o tipo de desenvolvimento que a sociedade busca e sugere o envolvimento, que é o desenvolvimento com o envolvimento com o mundo, com a comunidade em que se habita. Para ele, “se a gente buscar envolvimento, talvez volte a dar sentido para os povos originários, as suas formas de organização, seu jeito de pensar o bem-estar, seu jeito de pensar o que é necessário para a gente viver”.

Essa ideia de desenvolvimento com envolvimento pode ser aplicada em menores escalas, também, inclusive para repensar as soluções de conflitos e de segurança pública. Pode ser uma opção, talvez, não focar apenas em tentativas de resolução dos problemas com o encarceramento usando os repetitivos métodos constantemente testados na Europa e nas Américas depois de colonizadas, mas tentar conhecer e aplicar métodos de povos originários.

Ao seguir sua reflexão sobre o tema, Krenak (*idem*, p. 43) remonta à ideia de séculos atrás ilustrada no conto de Morus: um povo que pratica agricultura familiar de subsistência e que não pensa em consumismo desenfreado.

Talvez, então, seja um (de tantos outros) possível caminho para uma execução penal com menos disrupturas se houver uma mudança de foco que privilegie a sociedade fraterna mencionada no preâmbulo da Constituição da República e não uma lógica de acumulação.

Zehr (2012, p. 22) menciona que as origens das práticas restaurativas “são tão antigas quanto a história da humanidade” e dá o crédito às tradições culturais e religiosas de povos nativos da América do Norte e Nova Zelândia.

Ainda que a justiça restaurativa tradicional exista para que seja aplicada no lugar do direito penal, isto é, para que este não seja aplicado – mas que já terá sido usado no momento da execução penal – e que, por isso, não possa ser usada neste momento processual, é possível se inspirar nessas práticas que não sejam eurocêntricas para que se

possa buscar formas de minimizar até que sejam eliminadas as disrupturas do sistema legal.

Além disso, os documentos internacionais devem ser mais e melhor difundidos entre as pessoas que trabalham na área. Como visto anteriormente, até mesmo as Regras Mínimas de Mandela são pouco conhecidas e até mesmo objeto de piadas entre profissionais, como já mencionado, em capítulo anterior, trecho da pesquisa de Leal (2022, p. 149), há uma necessidade urgente de que documentos como as Regras de Tóquio, que tratam justamente de medidas não encarceradoras, sejam popularizados.

6.1 A necessidade de uma atuação cuidadosa e integral da defesa

Uma eventual condenação criminal vai gerar pena privativa de liberdade ou restritiva de alguns direitos muito específicos, mas nunca uma perda total de direitos. O próprio artigo 41 da Lei de Execução Penal estabelece alguns dos direitos das pessoas presas¹⁸⁰, pois a sua prisão não implica que elas deixem de ser sujeitos de direitos, mas esse rol não é taxativo¹⁸¹.

Assim, considerando o que já foi abordado nos tópicos anteriores, especialmente no que discorreu sobre o princípio da isonomia, deve-se observar que o traço desigualador de uma pessoa privada de liberdade, como a expressão já diz, é que ela está com sua liberdade restrita. Não há fundamento lógico para restringi-la de outros direitos, para além dos indicados na sentença condenatória (ou em uma decisão acerca de sua prisão provisória ou de internação), reforçando a ideia de que outros direitos se mantêm intactos e devem ser respeitados por cada pessoa envolvida no sistema criminal – sejam agentes prisionais ou membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da defesa técnica.

¹⁸⁰ “Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.”

¹⁸¹ Entre os vários exemplos possíveis de direito que não está previsto no rol do artigo 41 é o direito da mãe lactante de amamentar sua prole.

Em trabalho publicado há mais de duas décadas pela Anistia Internacional (1999, p. 3), já se criticava a expressão “bandido bom é bandido morto”, dizendo que “os criminosos condenados e os suspeitos criminais não perdem seus direitos humanos quando perdem a liberdade” e que eles (e elas) “têm direito a representação legal para preparar sua defesa e garantir um julgamento imparcial. Têm direito a condições decentes de detenção (...).” Em seguida, é feita a menção à fala de uma pessoa presa que relatou aos pesquisadores da Anistia Internacional: “Nós cometemos um crime e estamos pagando nossa dívida para a sociedade. Mas ninguém merece ser tratado assim, como bicho”.

Os autores Esteves e Silva (2020, p. 115) afirmam que “a efetividade dos direitos fundamentais assegurados aos presos depende da existência de agentes, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas migrem do plano meramente abstrato para o campo das ações concretas” e ser capaz de fazer com que o abstrato se torne concreto depende de uma atuação deveras diligente, e não apenas um fazer por fazer, sem o devido cuidado. Especificamente sobre a atuação da Defensoria Pública, os referidos autores (*idem*, p. 121) afirmam que sua atuação “no âmbito criminal possui o inegável propósito de assegurar o acesso igualitário à ordem jurídica justa, garantindo que (...) os condenados conservem os direitos não atingidos pela sentença”. Eles encerram o texto com a reflexão de que o investimento público em defesa técnica não é prioridade na pauta orçamentária, não sendo uma opção política vista com bons olhos pelos eleitores, mas finalizando afirmando que

a participação da defesa técnica durante todas as fases da persecução penal estimula o aprimoramento da qualidade do procedimento de investigação, previne a ocorrência de erros judiciais e evita que as sanções aplicadas se estendam além do estabelecido na sentença ou se desviem para o campo da violação dos direitos humanos. (*ibidem*).

Ao escrever sobre as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, os autores Canola e Wandeck Filho (2020, p. 241) assim dizem:

Como sabido, no já caótico sistema carcerário brasileiro, medidas que visam prolongar os períodos de encarceramento, como as adotadas na novel legislação, certamente arruinarão ainda mais as precárias condições dos cárceres nacionais, agravando sobremaneira as já conhecidas violações de direitos fundamentais do sistema penitenciário pátrio, verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” (sic.), termo cunhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347.

Ora, com a ampliação das medidas para encarcerar cada vez, se faz ainda mais necessária a atuação firme da defesa técnica para minimizar, o tanto quanto possível, os

agravamentos que já estão ocorrendo, especialmente com os prazos mais longos para serem cumpridos antes de cada progressão de regime.

Nota-se que se a manutenção das pessoas em regimes mais severos se alonga, sem que haja uma redução da entrada na prisão com a aplicação de outras políticas públicas – isto é, sem que haja investimento em outras políticas que se reduza a ocorrência de conflitos –, o resultado a longo prazo será uma maior população encarcerada.

A atuação da pesquisadora no mutirão objeto desta pesquisa fez com que fosse possível identificar diversas situações processuais passíveis de reparo e que, por diversos motivos, não haviam sido percebidas até então, por nenhuma das pessoas envolvidas com aqueles processos – seja por parte da defesa (particular ou pública), do judiciário ou do fiscal da ordem jurídica.

No entanto, não seria correto dizer que tais erros inobservados por tanto tempo ocorrem somente em pequenas comarcas do interior, pois erros igualmente crassos acontecem em cidades maiores e até mesmo em capitais.

Como exemplo, pode ser citado o mutirão realizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para corrigir o regime inicial de cumprimento de pena para pessoas condenadas por tráfico de entorpecentes com aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da 11.343/2006¹⁸². Naquele mutirão, os casos em que a pessoa, primária, era condenada a uma pena de até quatro anos de reclusão (pena de um ano e oito meses) e, ainda assim, era colocada em regime inicial fechado, eram originados em diversas comarcas, inclusive na capital, como nos processos 1525954-08.2019.8.26.0228¹⁸³,

¹⁸² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Levantamento da Defensoria Pública a partir de mutirão realizado aponta índice de sucesso de 65% no STJ em casos de tráfico privilegiado durante a pandemia*. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/noticias/-/noticia/658084>, acesso em 27 de junho de 2023.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 1525954-08.2019.8.26.0228. 24ª Vara Criminal. Juíza de Direito: Giovana Furtado Oliveira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=6C0000NY20000&processo.foro=50&conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1525954-08.2019&foroNumeroUnificado=0228&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=1525954-08.2019.8.26.0228&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&paginaConsulta=1> Acesso em 29 jun. 2023.

0043449-62.2017.8.26.0050¹⁸⁴ e 1520366-20.2019.8.26.0228¹⁸⁵, todos que haviam tramitado no fórum da Barra Funda, localizado na capital paulista.

Assim, percebe-se que uma defesa verdadeiramente diligente não pode apenas verificar o que é possível pedir em favor de clientes dali do momento presente para o futuro, mas é de vital importância que se faça um estudo detalhado dos processos que o levaram a estar ali, mesmo que tenha havido o trânsito em julgado de um ou mais deles – ainda nos casos em que a execução referente ao primeiro processo de conhecimento já tenha sido integralmente cumprida, pois, por vezes, um segundo processo criminal de conhecimento é sentenciado de forma mais rigorosa por conta de uma reincidência que poderia não ter existido, seja conseguindo uma absolvição tardia ou o reconhecimento de sua extinção em data anterior, de modo que o início do período depurador seja alterado.

A obra de Morus (2016, p. 68) traz outro ponto que merece profunda observação: ainda que haja urgência na temática da prisão – de fato havendo pedidos que podem e devem ser feitos de pronto, logo quando a demanda é identificada – recomenda-se imitar integrantes do Senado de Utopia que, ao receberem uma proposta, não podem discuti-las no mesmo dia, mas apenas na sessão posterior, dando tempo para que os senadores possam refletir sobre as questões trazidas por ao menos três dias.

Refletir sobre um processo de execução criminal – ou, sobre qualquer processo, na verdade – faz com que a defesa possa maturar ideias e traçar estratégias que não conseguirá pensar se resolver tudo em um mesmo dia: receber os autos, lê-los (às vezes de forma rápida e pulando partes que podem ser chaves) e já emitir um parecer ou peticionar em juízo. Com isso, é possível que o tema principal seja ali resolvido, ou ao menos encaminhado, mas, novamente, é possível que a defesa deixe de notar algum detalhe ou, ainda, deixe de trabalhar com uma ideia que pode vir a surgir em algum momento inesperado¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 0043449-62.2017.8.26.0050. 28ª Vara Criminal. Juíza de Direito: Fernanda Galizia Noriega. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1E001XFQA0000&processo.foro=50&conversaionId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0043449-62.2017&foroNumeroUnificado=0050&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=0043449-62.2017.8.26.0050&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&paginaConsulta=1> Acesso em 29 jun. 2023.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 1520366-20.2019.8.26.0228. 18ª Vara Criminal. Juíza de Direito: Teresa de Almeida Ribeiro Magalhães. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=6C0000JLT0000&processo.foro=50&processo.numero=1520366-20.2019.8.26.0228> Acesso em 29 jun. 2023.

¹⁸⁶ Apenas a título de exemplo, essa pesquisadora já teve ideias de estratégias no meio de treinos de natação, com um dos casos sendo sobre uma então cliente que havia regredido para o regime fechado, em razão de um agravo de execução interposto pelo Ministério Público, tendo a regressão sido suspensa no STJ meses

Além de olhar para o passado do(s) processo(s), é de igual importância o devido acompanhamento dos pedidos realizados – tanto para situações antigas como para situações atuais.

Assim, se é feito o pedido de correção de cálculo para fins de progressão de regime bem como requerida a própria progressão de regime, não basta a defesa comemorar quando for proferida decisão concordando com o pedido da defesa, sendo necessário o acompanhamento para confirmar que o cartório judicial fará os trâmites administrativos, incluindo a informação à unidade prisional, além de acompanhar a efetivação no próprio sistema penitenciário referente à progressão conquistada.

Essa necessidade de diligenciar para que os pedidos feitos – ou até mesmo já concedidos – sejam analisados e efetivamente cumpridos existe em razão do “funcionamento da maior parte [das varas de execução penal no Brasil ser] verdadeiramente caótico”, conforme explica Cacicedo (2018, p. 417), ao falar sobre relatório elaborado pelo Conselho Nacional da Justiça, em 2012. Ele complementa dizendo que

para além de um funcionamento burocrático e irregular, trata-se de verdadeira violação de direitos com efeitos concretos sobre a liberdade das pessoas sob jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação tanto ao art. 196 da Lei de Execução Penal, quanto à determinação constitucional de duração razoável do processo.

A Anistia Internacional (1999, p. 40) indicou que, naquela época, a maioria das pessoas presas era composta por jovens do sexo masculino, de classe socioeconômica baixa e que “cerca de 90% dessa população são praticamente analfabetos e aproximadamente 80% não têm condições de contratar advogado, sendo-lhes negado, dessa forma, o direito fundamental a uma defesa adequada, um dos elementos essenciais do julgamento imparcial.”

Em razão da dificuldade do acesso à assistência jurídica, já naquela época havia o problema que hoje enfrentamos:

depois, em abril de 2018. Quando a decisão do restabelecimento do regime semiaberto foi proferida, já havia esgotado o prazo (definido em portaria do TJSP) para a realização do pedido de saída temporária dos meses seguintes (Páscoa e Dia das Mães). Em tese, portanto, só poderia ser feito o pedido para sua saída para o período do Dia dos Pais, meses depois (sem ter ela dado causa à regressão de regime originalmente). Assim, durante uma atividade de esporte, com a mente despreocupada do processo, surgiu a ideia de que o pedido fosse realizado para se desconsiderar a portaria e permitir que ela pudesse usufruir, excepcionalmente, sua saída temporária em data diversa do calendário de saídas coletivas. Foi obtido êxito em decisão liminar no HC 452.903/SP, julgado em 05 de junho de 2018, pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca - com trechos da decisão citados no tópico referente ao regime semiaberto -, e gozou sua saída temporária no feriado paulista de 09 de julho de 2018.

muitos presos deixam de ser transferidos para um regime carcerário mais brando nas devidas datas ou de obter liberdade condicional (...) Certos internos chegam a cumprir pena mais longa do que aquela a que foram condenados porque a documentação necessária à sua libertação sofre atrasos, o que resulta, de fato, em encarceramento ilegal. (*idem*, p. 41).

Não é uma constatação recente de que é necessário o fortalecimento da Defensoria Pública para a atuação em processos penais. Há mais de uma década, Lopes Junior (2007, p. 389) afirmava que

o Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de “Serviço Público de Defesa”, tão bem estruturado como o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, porque a tutela dos direitos do preso não é só um interesse individual, mas coletivo.

A defesa deve ter sempre ciência de que, apesar de ser o Ministério Público o fiscal da lei, nem sempre sua atuação será de forma imparcial, buscando apenas aplicar a lei de maneira fria. Assim, ao ser elaborado o cálculo de pena no começo da execução, a defesa não pode se dar por satisfeita e concordar com o cálculo somente porque o órgão ministerial concordou, pois algum erro (não importa se pequeno ou não) pode não ter sido identificado, sendo necessário que a defesa o aponte para o juízo, pedindo a sua correção e confirmando que o cálculo correto será feito.

Da mesma maneira deve a defesa se atentar quando houver mudanças na legislação (tal qual em 2017 com a retirada da arma branca como qualificadora do delito de roubo), quando houver o pedido de remição ou qualquer outra situação que altere o cumprimento daquela pena.

6.2 A importância da autodefesa e da família

A questão da autodefesa pode soar um tanto paradoxal afinal, se já é bastante difícil – às vezes até mesmo impossível, para uma defesa técnica bem-feita ter sucesso em alguns tipos de pedidos – como imaginar que a autodefesa, de uma população carcerária em que menos de 1% possui graduação e que $\frac{3}{4}$ sequer chegou ao Ensino Médio, de acordo com dados de 2017 do Ministério da Justiça¹⁸⁷ poderá ser exercida de forma satisfatória.

¹⁸⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Há 726.712 pessoas presas no Brasil*. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 22 de maio de 2022.

No entanto, por diversos motivos, seja pelo ócio de quem quer estudar e trabalhar, mas não tem oportunidade, seja pela pressa em sair daquele espaço violador de direitos básicos o mais rápido possível ou por qualquer outro motivo, o fato é que muitas pessoas que estão dentro de unidades prisionais acabam aprendendo um pouco (ou bastante) sobre seus direitos, sobre o Direito de forma geral. Lopes Junior (2007, 386) diz que a autodefesa positiva (com a atuação da pessoa) “é exercida, basta ver a quantidade de cartas e bilhetes que os presos enviam ao juízo de execução postulando seus direitos”. No entanto, ele (*idem*, p. 389) afirma ser uma falácia a capacidade postulatória da pessoa presa prevista no artigo 41, XIV, da LEP, “que serve apenas para acobertar o imenso prejuízo que ele sofre pelo abandono”, pois ter a capacidade postulatória seria uma “falsa vantagem”, que prejudica ainda mais a situação da pessoa condenada quando se adiciona o argumento de que “na execução todos são advogados do preso (juízes, promotores, servidores etc.)”.

Ainda assim, mesmo que algumas vezes o conhecimento adquirido naqueles espaços possa ser um pouco confuso ou até mesmo equivocado, outras vezes esse aprendizado acontece de maneira coerente, por pessoas que aprendem sobre os direitos e que possuem habilidade para formular demandas, para si e para colegas de celas e de raios, com lógica e dentro do esperado pelos padrões judiciais.

De maneira similar, do lado de fora dos muros das prisões, as famílias de pessoas presas que, muitas vezes, nunca tinham pensado em estudar Direito, acabam se envolvendo com o tema para tentar tirar a pessoa amada de dentro da prisão.

A urgente necessidade de tirar quem ama das unidades prisionais não é apenas um gesto altruístico, mas algo que as famílias são movidas a fazer pois “puxam cadeia junto” com a pessoa que ali está presa, como bem colocado pela pesquisadora Silva (2021, *passim*), em obra justamente com esse título: “*Puxar cadeia junto*”: *significados do protagonismo de mulheres familiares de pessoas presas*.

Na obra, ela explica que as mulheres familiares sofrem violências institucionais, com as revistas vexatórias, bem como arbitrariedades em relação aos itens permitidos e proibidos para serem entregues aos seus familiares presos, de forma que as famílias são punidas juntamente com eles (*idem*, p. 197/198), não obstante a Constituição Federal proibir que a pena atinja qualquer pessoa além da pessoa do condenado¹⁸⁸. Ao resumir o que é ser familiar de pessoa presa, Silva coloca que isso “é enfrentar o labirinto

¹⁸⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5o, inciso XLV.

institucional e suas múltiplas violências, e mesmo assim encontrar momentos de solidariedade, enfrentamentos e subversão” (*idem*, p. 198) e que “é ser onerada pelo Estado ao cumprir as lacunas materiais, sofrendo uma verdadeira violência patrimonial institucional” (*idem*, p. 199).

Especificamente sobre a importância da atuação familiar no desencarceramento, ela afirma (*idem*, p. 131) que “a atuação das mulheres familiares, ao buscar garantir a sobrevivência, faz a economia prisional girar, (...) seja pela busca de assistência jurídica que pode trazer a liberdade”.

A obra da Anistia Internacional (1999, p. 47) já indicava a importância da atuação de familiares de pessoas presas, com foco maior na parte das inspeções como integrantes do Conselho da Comunidade. Valois (2021, b, p. 13) também afirma que sua obra “não é – e todos os trabalhos de execução penal não deveriam ser – direcionado apenas a operadores do direito. Terá cumprido sua função se um dia servir como argumento para qualquer pessoa combater alguma das diversas ilegalidades presentes no sistema.”.

A importância da participação da sociedade não é descoberta recente, já sendo abordada por Arenal, no final do século XIX, conforme relatado por Valois (2021, a, p. 91).

Em evento realizado pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil do Amazonas¹⁸⁹, a familiar Serra¹⁹⁰ afirmou que

a fala de que a gente é familiar desesperado, que a gente [está] falando qualquer coisa porque a gente quer tirar [o familiar da prisão], essa fala é mentirosa e covarde conosco. Nós queremos que nossos familiares não sejam torturados física e psicologicamente e que, minimamente, possam receber, ao menos, o material de limpeza e medicação, porque nem analgésico eles podem receber, e não adianta tentar nos convencer que eles não precisam, porque eles precisam.

Considerando, então, que tanto a pessoa presa como seus entes queridos que “puxam cadeia junto” dedicam seu tempo para entender o que está mantendo aquela pessoa presa e, mais ainda, quais são os caminhos possíveis para que aquele momento de prisão termine o quanto antes, é importante que suas falas não sejam desconsideradas. Pelo contrário, deve-se ter em mente que, embora não oficialmente constando como

¹⁸⁹ OAB AMAZONAS. *Reunião Pública – Comissão de Direito Humanos OABAM*. Disponível em <https://youtu.be/almrl0ECow?t=1217>. Acesso em 02 de junho de 2022.

¹⁹⁰ Priscila Serra é integrante do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, pela Agenda Nacional pelo Desencarceramento, Membra do Coletivo de Familiares e Amigos de Presos e Presas do Amazonas e da Frente Estadual pelo Desencarceramento do Amazonas.

pessoas em cumprimento de pena, elas também sofrem variadas violações de direitos por serem familiares e, também por isso, merecem que suas vozes sejam ouvidas como protagonistas de suas histórias.

A defesa técnica não deve olhar com julgamentos e agir de forma desinteressada quando ouve cliente ou pessoa usuária da Defensoria Pública questionando sobre algo de seu processo, mesmo que, em um primeiro momento, a versão apresentada não faça muito sentido. O questionamento pode ser absolutamente descabido, mas também pode ser bastante relevante para identificar alguma disruptura até então negligenciada pelas pessoas que tiveram acesso ao processo.

Sendo um questionamento descabido, a Defensoria Pública deve exercer sua função institucional de orientação jurídica e explicar o motivo de tal direito se aplicar em outras situações, mas não naquela específica, por exemplo. Sendo uma defesa privada, considerando-se que a relação deve ser fundada na confiança do cliente, sugere-se que a mesma explicação seja dada para que a confiança siga existindo.

Não se deve, em hipótese alguma, permitir que eventual sentimento de orgulho tome conta da situação e que a tese apresentada pela pessoa presa ou familiar, se cabível, não seja apresentada por não ter sido pensada pela defesa técnica. Tampouco uma boa tese pertinente deve ser deixada de lado por não ter sido usada em momento anterior, como se vê no exemplo da alteração de lei que favorece a pessoa em cumprimento de pena.

Além disso, deve-se trabalhar um método para recebimento de petições das próprias pessoas presas e de seus familiares, ainda que não sejam estes pedidos expressamente intitulados de *habeas corpus*, mas quando for identificado que seu objeto é uma restrição ilegal da liberdade.

Caso o pedido seja feito diretamente para o Poder Judiciário, sugere-se seja ele juntado nos autos, com abertura de vista para o Ministério Público e defesa técnica para se manifestar sobre a existência do pedido jurídico e a possibilidade de que ele seja concedido, não cabendo ao Poder Judiciário a colocação de ainda mais obstáculos com a aceitação apenas de pedidos formulados por defesa constituída, tendo em vista que nem sempre há defesa constituída em processos de execução penal e que os pedidos podem ser feitos, como já dito, por pessoas não advogadas.

6.3 O desencarceramento não se resume a sair da unidade prisional

Ainda que a meta principal e urgente da defesa – e de qualquer ator do sistema criminal que não feche os olhos às mazelas do sistema prisional – seja a retirada da pessoa da prisão, deve-se ter em mente que só isso não basta e não resolve o problema social do sistema de justiça (ou de injustiça?).

Antes de analisar as questões enfrentadas por quem sai da unidade prisional, há que pensar que o cumprimento de uma decisão de alvará de soltura (ou de decisão de progressão de regime) não ocorre de forma automática e, por isso, é extremamente necessária uma atuação tão cuidadosa nesse momento como nos momentos anteriores.

Mesmo em casos com atuação extremamente diligente da defesa, é possível que haja uma demora extremada para o cumprimento da decisão de retirada da pessoa da unidade prisional, como ocorrido em junho de 2020 com uma mulher presa na capital de São Paulo¹⁹¹. Conforme noticiado na época, foi proferida decisão por ministro do Supremo Tribunal Federal em uma segunda-feira para a soltura de mulher assistida pela Defensoria Pública, que prontamente protocolou a decisão nas instâncias ordinárias – tendo em vista que o alvará de soltura não é emitido por aquele tribunal. Apesar da rápida e constante atuação da defesa, ela ainda passou a noite de quinta-feira naquela unidade prisional, tendo dormido pelo menos quatro noites em prisão ilegal após ter sido proferida decisão garantindo sua soltura.

Sem uma atuação diligente das pessoas que atuam no sistema, casos mais extremos podem acontecer, como o de um senhor que teve seu alvará de soltura cumprido em 2020, com sete anos de atraso, já que ele foi absolvido em 2013¹⁹², havendo a falta de comunicação entre as pessoas responsáveis pela decisão que o absolveu com quem deveria expedir o alvará de soltura e com quem deveria cumprí-lo.

Superada a fase da efetivação da saída da pessoa da unidade prisional, ainda é necessário ter o olhar atento para as suas necessidades, pois sair do estabelecimento não é, necessariamente, restabelecer sua liberdade plena.

No caso de prisões provisórias – que deveriam ser a exceção, mas que hoje são responsáveis pelo aprisionamento de 613.721 corpos, isto é, quase dois terços do total de

¹⁹¹ ANGELO, Tiago. *Mesmo após decisão do Supremo, CPP do Butantã mantém mulher presa*. CONJUR, 25 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/mesmo-decisao-supremo-cpp-butanta-mantem-mulher-presa> Recuperado em 17 jun. 2023.

¹⁹² ALMEIDA, Plínio. *Homem é solto 7 anos após ter sido inocentado por crime de latrocínio, em João Pessoa*. O Globo, 31/07/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2020/07/31/homem-e-solto-7-anos-apos-ter-sido-inocentado-por-crime-de-latrocincio-em-joao-pessoa.ghtml> Recuperado em 17 jun. 2023.

920.009 de pessoas privadas de liberdade¹⁹³ -, ainda que seja digna de comemoração a colocação da pessoa em liberdade provisória ou até mesmo em prisão domiciliar, sem que haja justa causa para aquele processo penal, nem mesmo o inquérito policial deveria existir. E são recorrentes os casos em que as regras processuais são desrespeitadas de tal maneira que maculam até mesmo o que poderia ser uma eventual condenação acertada, caso a letra da lei tivesse sido observada – seja para realizar a prisão em flagrante, a entrada no domicílio, seja respeitando a cadeia de custódia da prova etc.

Assim, a prisão de uma gestante que tenha sido efetuada em razão da violação de domicílio deve ser relaxada e eventual inquérito policial trancado de vez. Evidentemente que se membros do Ministério Público e do Poder Judiciário optarem por não decidir sobre a ilegalidade de forma imediata, pode – e deve – ser feito o pedido da prisão domiciliar, caso não se conceda liberdade provisória para aquela gestante. No entanto, a defesa técnica não pode se dar por satisfeita com isso, sem continuar batalhando nos autos para que aquele processo seja extinto o quanto antes.

Avançando para a fase de execução penal, não deveria ser entendido como suficiente que a pessoa cumprindo pena progrida para um regime em que não estará mais dentro do estabelecimento prisional: se o cálculo de pena está errado e a pena poderia ter sido declarada extinta um ano antes, por exemplo, não basta que ela seja colocada em livramento condicional e continue sendo obrigada a comparecer em juízo e a ter aspectos da sua vida regrados, quando ela deveria, de fato, ter sua liberdade totalmente restituída por ter cumprido a totalidade de sua pena.

Se o cumprimento de pena se dá de forma unificada em razão de dois ou mais processos de conhecimento distintos, cada execução deve ser analisada de forma individual para verificar possibilidades como o reconhecimento de indulto, necessidade de aplicar alguma mudança favorável da lei etc.

Processos de execução como do personagem do item “‘Furtador contumaz’ com erros judiciais contumazes”, com múltiplas e às vezes longas condenações, podem assustar a defesa técnica, em um primeiro momento, que pode pensar que não há nada o que se fazer ali. Como se viu no caso narrado, porém, percebe-se que pode haver

¹⁹³ O portal do Conselho Nacional de Justiça, em 16 de maio de 2022, indicava o número de 414.947 presos provisórios e 711 internados provisórios (isto é, pessoas sem sequer uma sentença condenatória), bem como 197.661 presos em execução provisória e 402 internados em execução provisória (isto é, pessoas que, apesar de uma sentença condenatória ou absolutória imprópria, ainda não possuem contra si um decreto definitivo). No total, o sistema indicava o número de 920.009 pessoas presas em 16 de maio de 2022. Disponível em <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>, acesso em 16 de maio de 2022.

caminhos para melhorar a situação da pessoa, especialmente considerando pessoas que não são acompanhadas, de maneira diligente, no decorrer do cumprimento de sua pena.

A verificação de um indulto (ainda que parcial) em uma execução, a correção de uma conta matemática em outra, a aplicação de uma lei mais benéfica etc. pode resultar em uma redução considerável da pena, antecipando as datas previstas para as progressões de regime e para a declaração da extinção da punibilidade de cada uma das execuções.

Além disso, a importância da declaração da extinção da punibilidade na data em que a pena foi integralmente cumprida é vista ao se analisar o período depurador, para evitar que, havendo condenação por fato futuro, não incida uma reincidência desnecessária, que conste no processo tão somente em razão de um cálculo mal-feito anteriormente.

Por isso, ainda que um objetivo mais urgente seja a retirada da pessoa da unidade prisional violadora de direitos fundamentais, o objetivo do fim total da pena não deve ser perdido de vista.

Em sua dissertação de mestrado, a pesquisadora e advogada Balbuglio (2021, *passim*) discorre sobre o labirinto da gestão da sanção, indo bem além dos labirintos arquitetônicos da prisão em si, mas mostrando a dificuldade de cumprir pena, ainda que extramuros.

Ela fez o acompanhamento de uma mãe que, enquanto cumpria pena definitiva em regime fechado, teve uma bebê. Para que a criança não tivesse que ficar em acolhimento institucional, foi concedida a esta mãe a prisão domiciliar, ainda em regime fechado.

Balbuglio fez o acompanhamento dela desde sua gestação, enquanto na unidade prisional, passando pelo período que a bebê permaneceu com a mãe na unidade materna da prisão, sendo encaminhada à sua avó e depois ao acolhimento institucional, bem como quando ela foi colocada em prisão domiciliar, teve recuperada a guarda de sua filha e quando teve a progressão para o regime semiaberto e aberto, sempre em prisão domiciliar.

Observa-se, ainda, que a pesquisa de Balbuglio foi finalizada no auge da pandemia, com a suspensão de comparecimentos periódicos nos fóruns do estado de São Paulo e, ainda assim, não houve um desalinhamento da ordem social, com o ordenamento jurídico se mantendo no seu padrão, apesar dessa suspensão, o que demonstra a desnecessidade e ausência de resultado prático para o atingimento da suposta finalidade da pena de ressocialização: pelo contrário, o comparecimento periódico implica em se

ausentar do trabalho e dos estudos, ocasionando tanto prejuízos financeiros imediatos para quem recebe por dia trabalhado, como também a longo prazo, já que o patrão pode preferir contratar pessoa que não se ausente tanto do trabalho.

Ainda assim, após dois anos de suspensão dos comparecimentos periódicos, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o seu retorno em abril de 2022, sem questionar mais a fundo a sua real necessidade.

Assim, deve-se ter bastante atenção com o tipo de conquista que se tem ao retirar a pessoa de uma unidade prisional, mas ainda mantê-la presa ao sistema de justiça por outros meios.

Carvalho (2007, p. 5), ao explicar os quatro autores que trazem as variantes das manifestações teóricas abolicionistas, lembra que “a política abolicionista de [Thomas] Mathiesen fomentou a criação da Organização Norueguesa Anti-Carcerária, cujo escopo foi centralizado na abolição do cárcere, negando, inclusive, quaisquer propostas substitutivas (penas alternativas) dado o temor de que” elas poderiam se transformar em estruturas prisionais novas com funções parecidas com as funções do próprio cárcere. Isso é o que se tem visto com supostas alternativas que são apresentadas – tanto em momentos anteriores aos processos em si como também nos pseudo-desencarceramento durante a execução de uma condenação definitiva.

Outra questão que não deveria ser ignorada, mas que afeta de forma intensa quem cumpriu pena é eventual pendência com penas de multa. Ainda que a inadimplência da pena de multa não possa ser revertida em pena de prisão, os direitos políticos de quem sofreu condenação criminal ficarão suspensos até ela ser quitada.

Desse modo, ao se verificar a possibilidade de um pedido de indulto em relação a uma execução criminal, deve-se observar com atenção se o referido decreto também concede o indulto aos valores pecuniários devidos, como ocorrido no Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017, conforme se observa em seu artigo 10:

Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:
I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou
II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

Além da hipótese de indulto, que nem sempre se aplicará – seja por não existir decreto de indulto em relação ao período, seja por se tratar de crime hediondo ou

equiparado e, portanto, insuscetível ao indulto, por mandamento constitucional -, outros aspectos podem e devem ser analisados.

Embora, no passado, o STJ havia decidido, ao analisar o Tema Repetitivo 931¹⁹⁴ que “na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade”, o entendimento foi revisado e agora, desde novembro de 2021, está assim estabelecido: “Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.”

Para alguns órgãos julgadores, o fato de a pessoa estar ou ter sido assistida pela Defensoria Pública gera uma presunção de hipossuficiência e, assim, uma presunção de que não há possibilidade de cumprir o pagamento da sanção monetária. Como toda presunção, admite prova em contrário, que pode ser trazida pelo Ministério Público para indicar que a pessoa possui meios de arcar com a multa estipulada sem sobreoneras a si e, especialmente, seus familiares (deve-se lembrar que a pena (ainda que de multa) não deve passar da pessoa do condenado, não sendo responsabilidade da família da pessoa condenada pagar sua multa pecuniária e nem passar fome ou não conseguir pagar contas normais como aluguel para que a pessoa provedora da família use seu dinheiro para pagar a referida multa).

Tal situação foi a ocorrida com Eliane, personagem da pesquisa de Balbuglio que, após percorrer inúmeros labirintos judiciais, prisionais e de vida, teve sua pena totalmente extinta, em 17 de março de 2022, quando terminou sua pena corpórea. A magistrada responsável por seu processo assim colocou na sentença¹⁹⁵:

ante a manifesta hipossuficiência do apenado (sic) (STJ, REsp 1.785.383/SP e REsp 1.785861/SP – Tema Repetitivo 931; TJ-SP, Agravo de Execução Penal 0018023-36.2021.8.26.0041, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Klaus Marouelli Arroyo, j. em 10.01.2022; TJ-SP, Agravo de Execução Penal 0031640-70.2020.8.26.0050, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Ivana David, j. em 04.02.2022), JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE DE [Eliane] em relação às penas de multa.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo 931*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod tema inicial=931&cod tema final=931 Acesso em 21 jan. 2023.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo 701112-03.2014.8.26.0050*, fls. 635. Impetrante: Josianne Pagliuca dos Santos e Pedro Luporini Ferreira. Paciente: Cláudia dos Santos Silva. 13ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Augusto de Siqueira. Julg. 18/10/2018. Disponível em: Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP_HC_21963985620188260000_04f35.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1687821143&Signature=CvVYuwBciacEoS5vSHVFD%2Bq4R9w%3D

E a lógica similar deve ser aplicada para aquelas pessoas que contam com a advocacia privada: ainda que haja uma presunção de que a pessoa dispõe de meios financeiros para adimplir sua multa, a defesa pode trazer documentos para indicar a impossibilidade de a pessoa condenada fazê-lo. Sabe-se que muitas vezes são familiares que pagam os serviços advocatícios e não a própria pessoa presa, além de existir inúmeros casos de advocacia *pro bono* ou que são cobrados valores extremamente simbólicos e que nada se assemelham aos valores de penas de multa de tráfico de drogas, por exemplo, que figuram como as penas mais altas aplicadas pela legislação brasileira atual.

Conseguir a extinção completa da punibilidade é de extremamente importante para que a situação eleitoral possa ser restabelecida, não só para o exercício dos direitos políticos em si, que são de extrema importância, mas também ao se pensar que essa costuma ser condição exigida em processos de admissão de empregos.

Ora, se uma das ditas funções da pena é ressocializar a pessoa que a cumpre, isto é, para que ela seja colocada de volta na sociedade de uma maneira “correta”, pressupõe-se que o emprego lícito é um dos itens que devem ser alcançados. Como obter (e manter) emprego sem título de eleitor, se esse é um dos vários documentos exigidos em diversos processos seletivos e de admissão?

Outro aspecto que se deve ter em mente é a superlotação das prisões, já discutida ao abordar as penas ilícitas.

Como este problema potencializa os outros, a diminuição da população prisional, possível de ser alcançada se forem repensadas as lógicas do encarceramento¹⁹⁶ e evitando que pessoas passem mais tempo dentro das unidades prisionais do que deveriam passar, algumas situações de violações a direitos fundamentais podem ser amenizadas, com melhoria de acesso à saúde, educação, trabalho, por exemplo, para pessoas que hoje não têm esses direitos garantidos.

Assim, deve-se pensar a retirada do cárcere daquele um indivíduo pensando tanto nele propriamente dito, isto é, para que ele seja retirado daquela situação do estado de coisas constitucional, mas também pensando que uma pessoa a menos, naquela cela, significará uma pessoa a menos a dividir espaço da cela com as demais. Evidente que esse

¹⁹⁶ Sobre maneiras de se repensar a lógica do encarceramento, sugere-se observar os trabalhos “Agenda Nacional para o Desencarceramento”, disponível em <https://tinyurl.com/AgendaDesencarceramento2017>, acesso em 05 jun. 2021; “16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa”, disponível em <https://tinyurl.com/16MedidasContraEncarceramento>, acesso em 27 jun. 2021 e “Agenda Municipal para Justiça Criminal”, disponível em <https://tinyurl.com/AgendaMunicipalCriminal>, acesso em 05 jun. 2021.

pensamento não é verdadeiro pois as pessoas não param de ingressar no sistema prisional, então aquele espaço desocupado por quem sai é em breve reutilizado por quem entra.

Ainda que se considere válida a premissa anterior, no entanto, a busca pela “melhora” do sistema prisional, pela devolução da dignidade para as pessoas que estão presas, é uma busca impossível, ainda que haja o desencarceramento de grande parte de suas populações. Não há como se realizar a dignificação da prisão. Impossível humanizar o cárcere pois sua função principal é infligir sofrimento.

Da mesma maneira que esta pesquisa não traz soluções definitivas para as disrupturas legais enfrentadas, qualquer outra solução apresentada deve ser analisada de forma verdadeira crítica para se entender se haverá uma melhora real para quem cumpre pena ou se trata-se de apenas mais um discurso vazio com intenções secundárias.

Nascimento, em resposta a uma provocação sobre ser possível humanizar o cárcere ou existir uma cadeia do bem, escreveu um texto, em 2018, cujo título ilustra esse sentimento: “E se a gente humanizasse o holocausto?”¹⁹⁷.

Neste texto, a autora explica que não adianta ter uma horta na frente da unidade prisional ou ter uma florzinha desenhada na parede porque, no fim das contas, as prisões – “humanizadas” ou não – servem como “instrumento de tortura dos mais pobres, e essencialmente dos pretos. O cárcere é, hoje, o nosso holocausto e não demanda humanização, mas sim um fim sumário.” e seguiu trazendo nota da Pastoral Carcerária e textos da Angela Davis para reforçar seu ponto.

O cárcere – não só do Brasil, mas de qualquer lugar do mundo – é como a fera de A Divina Comédia, de Alighieri (2003, p. 21), “que te faz bradar tremante, aqui passar não deixa impunemente; Tanto se opõe, que mata o caminhante. Tem tão má natureza, é tão furente, que os apetites seus jamais sacia, e fome, impando, mais que de antes sente”.

Ou seja, qualquer prisão é uma máquina de moer gente pobre e miserável e sempre vai querer – e precisar – prender mais pessoas, por mais tempo, para se manter. Uma prisão que seja privada, ainda que parcialmente, terá ainda mais razão para manter sua taxa de ocupação alta, afinal, como fechar a contabilidade no fim do mês com ocupação baixa?

¹⁹⁷ NASCIMENTO, Gabrielle. *Oi Jout Jout. Senta aqui. E se a gente humanizasse o holocausto?* Publicado em 22/03/2018. Disponível em <https://tinyurl.com/SeHumanizasseHolocausto>. Acesso em 30 maio 2021.

Dessa forma, há que se ter muita cautela com soluções supostamente mágicas para os problemas antigos, pois elas podem ser apenas a continuação do problema de uma forma camuflada.

Em uma comparação com o sistema escravocrata – que não foi abolido de uma forma total, mas substituído por essa outra modalidade de controle de corpos de mão de obra excedente –, merece atenção trecho da obra da Borges (2019, p. 51):

Ao falarmos de uma perene mentalidade escravocrata em nossa sociedade, estamos falando desses elementos, desses “mitos fundantes” que se remodelam e reconfiguram para manter a estrutura da casa-grande e senzala operando. As “crises” dos sistemas prisional e criminal sequer poderiam ser denominadas como tal, porque se tratam, na verdade, de uma engrenagem funcionando a todo vapor pela manutenção de hierarquias sociais constituídas e indissociadas do elemento racial.

Compartilhando pensamento similar da autora acima, Giamberardino (2020, p. 218) explica que “a investigação de um ‘projeto penitenciário’ nacional ganha contornos inafastavelmente ligados à passagem gradual do escravismo ao capitalismo dependente e à questão racial.” E ele ainda afirma que este “discurso não é fundado na igualdade, mas na busca de legitimação política da desigualdade.”

Assim, mesmo sendo necessário trabalhar com o desencarceramento de uma pessoa por vez, não se deve olhar a luta do abolicionismo penal pela lente da utopia de Birri¹⁹⁸ – ainda que, atualmente, quem trabalha com a defesa criminal sinta-se exatamente no cenário que ele descreveu e que, ao conseguir um alvará de soltura, fica sabendo de mais cinco prisões, ou seja, nunca alcançando o horizonte do esvaziamento das prisões.

Ao contrário, deve ser observada a utopia da forma que ela foi primeiramente apresentada por Morus: após o trabalho efetuado por milhares de braços, logrou-se o êxito do antes tido como impossível, fazendo com que os povos vizinhos – ou mesmo nosso próprio povo – que agora pensam no abolicionismo penal como vaidade e loucura possam vê-lo com outros olhos.

Em 1982, Ribeiro havia dito em uma conferência que “se os governantes não construírem escolas, em vinte anos faltará dinheiro para construir presídios”. Ora, quem ocupou posições de poder desde então sabe disso. O antropólogo também dizia que a crise da educação no país não era crise, e sim um projeto. Esse projeto tem a sua continuidade justamente nos presídios, de modo que a crise penitenciária não é uma crise, mas a

¹⁹⁸ REVISTA PROSA VERSO E ARTE. *Para que serve a utopia?* – Eduardo Galeano. Publicado em 08/05/2021. Disponível em <https://tinyurl.com/UtopiaBirri>. Acesso em 05 jun. 2021.

maneira existente para manter o *status quo* e não atrapalhar os interesses econômicos de detentores de poder.

Davis (2005, p. 65) explica que ao haver a abolição formal da escravatura, as pessoas negras foram colocadas em uma suposta liberdade, mas sem acesso a recursos materiais que as permitiriam gozar de uma liberdade em sua plenitude – novamente, remetendo a ideia parafraseada de que a liberdade do branco é plena, enquanto a do negro é quase –, e, justamente por isso, as prisões teriam prosperado nos últimos séculos e que não será possível eliminar as prisões enquanto não houver investimentos nas comunidades de onde vêm a população principal carcerária – lugares pobres, periféricos. Assim, apenas com a disponibilização de recursos para novas instituições (sociais e não sancionatórias) poderia haver uma liberação mais completa.

De maneira bastante similar, Roberts (2019, p. 6) também reforça esta ideia ao dizer que, mais que apenas suprimir instituições de vigilância, policiamento e encarceramento, o objetivo é construir uma sociedade que não necessita de prisões. As soluções para isso e os caminhos outros que não as penas que nós conhecemos, Hulsman diz que elas não são facilmente imaginadas hoje, trazendo uma comparação com a flora para explicar sua ideia (2018, p. 154):

Se afasto do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.

Por sua vez, Rivera Beiras (2019, p. 84) explica que para que exista “uma transformação radical e reducionista da prisão”, deve ser realizado um estudo aprofundado sobre o tema, motivo pelo qual o trabalho aqui exposto deve ter sua relevância reconhecida. Para o autor, é necessário “o desenvolvimento de uma investigação sociológica que possa concluir mostrando que prisão realmente existe, que população possui, quais são os principais problemas e necessidades a considerar, já que é sobre essa realidade que se vai atuar”.

Por isso, também é importante entender a lição de Morus de que uma estrutura que coloca o capital acumulado nas mãos de poucas pessoas¹⁹⁹ acima de outras necessidades humanas resultará em cada vez mais conflitos.

¹⁹⁹ Relatório da Riqueza Global, divulgado pelo banco Credit Suisse, em junho de 2021 indicava que 1% da população mais rica do Brasil detém 49,6% da riqueza nacional. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/06/24/distribuicao-riqueza-nacional---brasil.htm>, acesso em 30 jun. 2021.

E para as pessoas que acreditam que um mundo com menos prisões é utópico (pejorativamente), Jonothon Feldman traz uma frase que pode ser vista como muito forte ou muito violenta, mas que talvez seja necessária de se ter em mente ao debater a temática da execução penal, que é violentíssima contra milhões de pessoas no Brasil (e no resto do mundo): “basicamente, se você não é um utópico, é um imbecil”²⁰⁰.

²⁰⁰ FELDMAN, J. Indigenous Planning Times, apud GRABER, D. (2011).

CONCLUSÃO

Os últimos parágrafos do capítulo anterior já demonstram que a conclusão é que não existe uma solução – ao menos não uma solução certeira e única.

Assim, não há como se esperar que sejam listadas ações que possam ou devam ser feitas para que as violações de direitos fundamentais cessem no sistema penitenciário brasileiro. Isso só será possível com uma mudança total de paradigma (o que algumas pessoas podem chamar de revolução) em relação a alguns aspectos estruturais da sociedade, com um olhar bastante cuidadoso em relação a recortes de classe, raça e gênero.

Parafraseando trecho da conclusão da monografia apresentada no fim da graduação por esta mestrandona, em 2017, ao se ter uma boa compreensão sobre o que já existe em relação à redução de danos em ambientes prisionais e com a reunião de esforços e imaginação não-punitiva para que sejam criadas novas ferramentas e desenvolvidas formas cada vez mais inovadoras e eficientes, pretende-se não apenas melhorar e ampliar o uso dessas referidas ferramentas, mas, quem sabe, sonhar que em um futuro breve, os ambientes prisionais que existem hoje sejam estudados com o tanto desgosto que se estudam os campos de concentração do Holocausto ou os processos de escravidão das colônias, sem que isso signifique que os bens jurídicos que hoje são protegidos pelo Direito Penal deixem de ser tutelados pelo Estado e pela sociedade como um todo, mas de outras maneiras ainda a serem descobertas.

No entanto, pensando no que é possível alcançar com as ferramentas hoje disponíveis, algumas ideias podem, sim, serem trabalhadas para que possam ser dados pequenos passos em direção ao horizonte (que ficará sempre mais longe quanto mais passos forem dados).

Se o objetivo declarado da pena de prisão é para que as pessoas que ali estejam possam ser “ressocializadas” e, de acordo com o primeiro artigo da LEP, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, é de interesse de toda a sociedade que esses espaços sejam ocupados tão somente por aquelas pessoas que, de fato, estejam ali por força de uma decisão válida e legal.

Assim, é vantajoso para todos os atores do sistema que as progressões de regime ocorram na época correta e que as penas sejam declaradas extintas sem atraso, para que esforços sejam colocados para as pessoas que ainda cumprem pena.

A morosidade do Estado para analisar e resolver processos de quem cumpre penas (ilícitas, como foi visto) no Brasil, faz com que as pessoas desacreditem cada vez mais no Direito, como no caso da pessoa cujo caso ilustrou a arbitrariedade na interpretação das faltas disciplinares, em um dos capítulos deste texto. Parece que ela entendeu, enquanto estava presa por ter sido apreendida com 6,27 gramas de entorpecente, que o Estado não se importava mais com ela – ou que nunca tenha se importado – e, por isso, decidiu fazer aquele registro em sua pele, ciente de que o “jogo” havia acabado para ela, tatuando em si mesma a frase “*game over*”, que significa “fim do jogo”.

É possível, no entanto, mudar essa realidade e como as pessoas envolvidas com conflitos com a lei entendem o sistema de justiça.

Se sempre ao analisar determinado processo, for verificado que o cálculo ali existente está atualizado – seja com as modificações relativas à pena eventualmente reformada por uma revisão criminal ou até mesmo por uma alteração da lei que gerou aquela condenação (como no caso do afastamento do aumento, por certo período, em roubos cometidos mediante uso de arma branca), seja como consequência de remições de pena (das tradicionais ou em razão de cômputo diferenciado para compensar as penas ilícitas), ou mesmo em razão de mudança na legislação de execução penal (como a alteração da fração de 1/6 para a porcentagem de 16% em certos casos) – o sistema SEEU pode ser uma excelente ferramenta para evitar que a pessoa permaneça em regime mais severo do que o necessário.

Todo elenco que atua com a execução penal, no entanto, deve se recordar que sistemas são suscetíveis a falhas e, portanto, não devem ser lidos como verdadeiros donos da verdade. Tanto a defesa, como Ministério Público e Poder Judiciário podem e devem reconhecer os erros do sistema e, sendo necessário, manualmente corrigi-los, no caso concreto, e investigar a origem do erro, para que ele não se repita em outras execuções criminais, sem prejuízo da sua correção manual de cada uma delas, até que o problema seja verdadeiramente sanado e que o sistema informatizado passe a fazer os apontamentos de forma correta.

Seja em relação a um cálculo de pena mal formulado, seja em relação a um recurso interposto de forma intempestiva que não é automaticamente certificado pelo sistema, ou qualquer outro erro que é possível de ocorrer em um sistema que, feito por humanos, é tão imperfeito quanto seus criadores.

Ao considerar que os sistemas dos tribunais estão com os cálculos corretos e atualizados, tem-se que o requisito objetivo para progressão de regime ou para a concessão de demais direitos pode ser facilmente verificado.

É possível pensar, também, que se o comportamento da pessoa presa é desabonado em razão de alguma falta disciplinar, cabe ao estabelecimento onde ela está informar à vara de execuções penais, para que esta informação esteja disponível antes mesmo do requisito objetivo ser atingido.

Assim, com o sistema identificando que o lapso temporal foi cumprido, com a verificação pelo juízo que não existe falta disciplinar cadastrada – com efeitos vigentes – pode sentenciar reconhecendo o direito à progressão de regime ou ao outro direito, ainda que indique que tal decisão só poderá ser cumprida caso o requisito subjetivo esteja, naquela data, ainda preenchido, de modo que eventual cometimento de falta disciplinar ocorrida naquela data (ou em data recente) e que ainda não tenha sido comunicada à autoridade judicial, não seja de todo desconsiderada.

Contudo, devem existir regulamentações (a serem respeitadas) mais objetivas acerca dos prazos a serem cumpridos pelas unidades prisionais, evitando que, no momento em que o direito seja reconhecido, o estabelecimento carcerário informe acerca de eventual falta cometida meses atrás e, só então, haja possibilidade de uma atuação da defesa em relação à apuração daquela falta, o que ocasionaria um atraso na progressão de regime da pessoa, caso seja entendido não haver tido falta ou ser ela desclassificada para uma mais leve, por exemplo.

Ainda, é de vital – pois necessário para manter a vida dessas pessoas – importância que a aplicação de outros métodos de redução da população carcerária seja colocada em prática nas rotinas de quem trabalha nessa área, sem que haja a necessidade de um episódio excepcional gerar uma prisão de mais de quinhentas (novas) mulheres com a antecipação da progressão de regime para 85 (oitenta e cinco) mulheres (que já estavam em cumprimento de regime semiaberto).

A aplicação do *numerus clausus* junto com a Súmula Vinculante 56 do STF deve ser cotidianamente aplicada para que as unidades prisionais trabalhem sempre aquém do limite de sua capacidade ou, no pior cenário, que a ocupação seja de uma pessoa por vaga.

Ora, imagine se algum empreendimento hoteleiro que possui cem leitos poderia trabalhar recebendo, em uma só noite, cento e dezenove hóspedes. Onde essas outras dezenove pessoas iriam dormir? A cozinha do hotel teria capacidade para preparar as

refeições para esse número excedente? E em relação a higiene pessoal, o compartilhamento de banheiros iria fluir bem? Ou a água da caixa iria acabar antes que os últimos hóspedes pudessem tomar seus banhos e escovar seus dentes? Tendo uma lavanderia própria, desenhada para atender os cem hóspedes, seria possível lavar e secar a roupa pessoal e de cama para todos os hóspedes, incluindo os excedentes?

Se é absurdo pensar assim em relação a um hotel, parece ser igualmente absurdo pensar que isso seja aceitável, não apenas em casos de uma única pernoite, mas pessoas que estão ali por tempo indeterminado, tendo que realizar todas as refeições naquele lugar, todas as atividades de lazer, de higiene etc.

Assim, é evidente a urgência em aplicar os controles de redução da população encarcerada, para que se chega no limite máximo (e não “um pouquinho além do máximo”) e, a partir de então, já ter listas preparadas com o tempo que falta para cada pessoa cumprir sua pena em determinado regime e, sempre que alguma nova pessoa tiver que entrar ali, a pessoa com menos tempo a cumprir deverá sair (em liberdade ou para um regime mais brando).

Além disso, a defesa – bem como demais pessoas atuantes no sistema de execução penal – deve se atentar, sempre que possível, em não se dar como satisfeita tão logo seja intimada de uma decisão que concede um alvará de soltura, com a elaboração de fluxos para que seja confirmado que tal decisão foi cumprida, com a colocação da pessoa em liberdade ou em regime mais brando e, em caso de negativa, que seja entendido o que a mantém presa, com a continuação da prestação da assistência judiciária, seja pela própria pessoa que fez a defesa técnica do processo anterior, seja com o encaminhamento para a pessoa competente para tanto, evitando, assim, a permanência de alguém preso ou presa por algo que já poderia ter sido resolvido por outro juízo ou até mesmo evitando a prisão ilegal pelo mesmo fato.

Outro aspecto que pode ser melhorado para que a atuação dos diversos elencos atuantes no sistema de execução penal seja melhor desenvolvida é a supervisão psicossocial, tal qual é realizada com profissionais da área de saúde.

Nota-se que quem trabalha com as pessoas em situação de prisão, que são vulnerabilizadas, como visto no decorrer do trabalho, também são pessoas, ainda que o

discurso seja “a instituição X ou Y”. Essas instituições são formadas também por pessoas²⁰¹.

E, assim como o público que de fato sofre as consequências do encarceramento e das disrupturas do sistema legal, essas pessoas também estão sujeitas a situações de conflito – sejam elas relacionadas ao trabalho vinculado ao cárcere, a outros temas que demandam suas atenções nas atividades de labor e até mesmo em eventos externos ao trabalho.

Ao resolver – ou ao menos tentar resolver – as demandas que são urgentes, sensíveis e complexas, pode haver um impacto na saúde mental desse elenco, o que pode ter efeitos positivos na execução de seu trabalho, já que suas mentes não estarão mais tão preocupadas com outras questões que podem parecer muito difíceis (ou até mesmo impossíveis) de serem resolvidas sem o apoio de uma supervisão clínica bem efetuada.

A tomada de conhecimento sobre os sofrimentos causados pelas pessoas que estão – ou que em algum momento estiverem – encarceradas, ou mesmo o sofrimento por elas causados em suas vítimas (e em suas famílias), seja durante atendimentos, audiências ou pela simples leitura dos autos, pode ser emocionalmente desgastante e acarretar um aumento de sobrecarga emocional, psicológica e física das pessoas que trabalham nessas áreas, podendo impactar em sua saúde mental e ou física – o que é ruim para a própria pessoa que fica enferma, mas também para a instituição onde ela trabalha, já que perde, ainda que parcialmente, uma força e qualidade de trabalho, e, consequentemente, para o público alvo destas instituições.

É possível minimizar os efeitos disso com espaços grupais de reflexão, com acolhimento e escuta, em que os problemas somatizados sejam trabalhados, redimensionados e redirecionados por especialistas de áreas psicossocial.

A sugestão feita é para que nesta supervisão psicológica, seja possibilitado a essas pessoas trabalhadoras falarem sobre as dificuldades enfrentadas em casos com os quais se deparou, buscando descobrir possíveis abordagens com as supervisoras, para que a equipe possa orientar e qualificar o método de trabalho adotado pela equipe, aumentando, assim, a melhoria da comunicação das equipes de trabalho, padronização de práticas de atendimento, fluxos de trabalho e de procedimentos internos mais organizados e, também, a melhoria da saúde mental dessas pessoas.

²⁰¹ Sejam elas ocupantes do cargo que for – sejam membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, sejam servidor/a concursado/a, comissionado/a, terceirizado/a destas instituições ou das unidades prisionais e delegacias de polícia etc.

Como consequência, espera-se que esse elenco de profissionais esteja cada vez mais habilitado e preparado, não só tecnicamente, mas também saudavelmente preparado, para atender a população que sofre diversas violências por desrespeito aos seus direitos.

Ainda, como sugestão para instigar a imaginação e serem pensadas outras formas de serem melhoradas as condições do cárcere enquanto ele ainda existir e voltando a pensar na comparação com a indústria hoteleira: por vezes, para que gerentes de hotéis possam testar seus estabelecimentos – e as pessoas que ali trabalham – é utilizada uma ferramenta chamada “cliente oculto” ou “cliente misterioso” que nada mais é do que alguém que faz tudo o que um cliente verdadeiro teria que fazer para utilizar o serviço de hospedagem, com a diferença que ele sabe, previamente, quais são os padrões que devem ser seguidos pela equipe de reserva, da recepção, do restaurante, da governança etc. e faz relatórios sobre isso, apontando os erros e acertos de quem o atendeu e encaminhando os relatórios para os supervisores.

Se um dos problemas que ocorrem durante inspeção tradicional das unidades é a direção dos estabelecimentos saber que estão sendo inspecionados e escolher mostrar de forma ativa o que está em ordem, e poder (tentar) ocultar o que está em desacordo com a lei, talvez trabalhar com a ideia de “cliente oculto”, com as diversas adaptações que devam ser feitas em comparação à ferramenta usada em outros tipos de serviços, possa ser uma forma mais honesta de descobrir os erros e acertos dentro das unidades prisionais e, mais do que isso, ter um efeito similar ao das audiências de apresentação, com a redução da violência praticada, já que não há como saber se aquela situação será ou não relatada – e, mais do que isso, se ela será relatada por alguém que tem tanta fé pública como os demais, afinal, o “cliente oculto” estará, ao menos temporariamente, prestando um serviço público.

Por certo que a ideia pode chocar em um primeiro momento (e seguir chocando em momentos posteriores), mas como mencionado, não é uma resposta fechada, mas uma ideia a ser trabalhada para que o objetivo maior seja alcançado, ou seja, para que sejam reduzidas e eventualmente eliminadas as disrupturas do sistema legal durante a execução de pena.

Em relação à produção da pesquisa em si, é interessante notar que, não obstante inicialmente a autora acreditar – assim como muitas outras pessoas afirmam – que há pouco estudo e produção bibliográfica acerca da execução penal, o processo da pesquisa colocou essa afirmação em dúvida.

Apesar de muitas das referências bibliográficas que foram citadas e serão listadas nas próximas páginas não serem de textos específicos sobre execução penal, certo é que não houve dificuldade de fontes para escrever sobre o assunto, sendo localizados estudos sobre o tema da prisão e da execução penal tão antigos quanto a própria Lei de Execução Penal – ou até mesmo anteriores a ela – e, em maior abundância, com discussões sobre as mais recentes alterações nela trazidas.

No entanto, a afirmação de que ainda há pouco estudo sobre o tema é válida ao se comparar com outros ramos do Direito. Além disso, a impressão que se teve durante a pesquisa é que quem estuda e escreve sobre execução penal se populariza dentro de um grupo muito restrito de pesquisadores, mas parece não “estourar a bolha” e ter os resultados de suas pesquisas conhecidos por outras pessoas que atuam com o Direito Penal e que, de alguma forma, contribuem para que as violações aos direitos das pessoas em prisões sejam repetidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ADORNO, Sérgio. Prisões, violência e direitos humanos no Brasil In: PINHEIRO, Paulo Sérgio e GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (orgs.) **Direitos Humanos no século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

ALEIXO, Klélia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. A subversão principiológica na execução penal e o princípio ne bis in idem: the subversion principled in imprisonment execution and the principle ne bis in idem. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 2, n. 2, p. 227-249, 2017.

ALMEIDA, Plínio. **Homem é solto 7 anos após ter sido inocentado por crime de latrocínio, em João Pessoa.** O Globo, 31/07/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2020/07/31/homem-e-solto-7-anos-apos-ter-sido-inocentado-por-crime-de-latrocincio-em-joao-pessoa.ghtml> Recuperado em 17 jun. 2023.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa.** 1a Ed., São Paulo: Boitempo, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a Ed., 3a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia.** eBooksBrasil.com, 2003. Recuperado em 24 junho, 2021, de <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb00002a.pdf>

ALMEIDA, Bruno Rotta; COSTA, Mariana Leitune; LOWENHAUPT, Amanda D'Andrea; MORAES, Thaís Adriane; ROBAINA, Daniele Ramires da Silva. Pensando as sobrecargas prisionais desde o ensino do direito: resultados parciais do projeto de pesquisa “execução penal e educação jurídica no Brasil”. In: ALMEIDA, Bruno Rotta (Org.). **Sobrecargas e vulnerabilizações em âmbito penal e prisional.** Pelotas: Santa Cruz, 2018.

AMAZONAS. **Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989.** Recuperado em 21 dez. 2022, de <http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Constituicao-Estado-Amazonas-atualizada-ate-a-EC-108-de-2018.pdf>

ANDRADE, André Lozano. **Populismo penal: comunicação, manipulação política e democracia.** 1ª Ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ANGELO, Tiago. **Domiciliar é negada porque “só astronautas estão livres do coronavírus”.** Conjur. Publicado em 1/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/domiciliar-negada-porque-astronautas-livres-coronavirus> Recuperado em 08 jan. 2023.

_____. **Mesmo após decisão do Supremo, CPP do Butantã mantém mulher presa.** CONJUR, 25 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/mesmo-decisao-supremo-cpp-butanta-mantem-mulher-presa> Recuperado em 17 jun. 2023.

ARAUJO, Alan Roque Souza de. O que há por trás das lentes da vigilância indireta: um estudo crítico sobre o monitoramento eletrônico instituído pela Lei 12.258/2010. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coords). **Redesenhando a Execução Penal 2: por um discurso emancipatório democrático.** 1ª Ed., Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios.** Vol. 1. Madri, Espanha: Librería de Victoriano Suárez, 1985.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989.** Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html> Acesso em 21 dez. 2022.

BALBUGLIO, Viviane. **Labirintos judiciários, prisionais e de vida: um estudo de caso sobre a gestão das sanções de mulheres no estado de São Paulo.** Orientadora: Maíra Rocha Machado. 2021. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Direito e Desenvolvimento, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

BALICO, Vladimir. **O direito criminal pós-positivista e o devido processo penal constitucional.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal.** 1^a Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. “A minha verdade é a minha justiça”: atualizando os significados atribuídos ao princípio da imparcialidade judicial. **Revista Interdisciplinar de Direito Curso de Direito do Centro Universitário de Valença**, v. 18, n. 1, pp. 75-95, 2020.

_____. VI ENADIR Mesa 2 - Judicialização. 27 ago. 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=FO6hsS7W2WA&feature=youtu.be> Acesso em 13 de setembro de 2020.

BONESANA, Cesare. **De los delitos y de las penas.** Fondo de Cultura Económica, 2011.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. **“Aqui ninguém dorme sossegado”.** Violações dos direitos humanos contra detentos. Documento da Anistia Internacional, 1999.

BRASIL. **1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga.** Ação Penal. Processo 0000092-51.2019.8.04.7300. Juiz: Edson Rosas Neto. Ativo. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>

BRASIL. **1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga.** Execução Penal. Processo 0000990-35.2017.8.04.7300. Juiz: Edson Rosas Neto. Arquivado Definitivamente. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/>

BRASIL. **1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga.** Execução Penal. Processo 0001711-26.2013.8.04.7300. Juiz: Edson Rosas Neto. Arquivado definitivamente. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>

BRASIL. **1^a Vara Criminal da Comarca de Tabatinga.** Execução Penal. Processo 0000783-70.2016.8.04.7300. Juiz: Anderson Luiz Franco de Oliveira. Arquivado Definitivamente em: 27/02/2023. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>

BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Tabatinga. Ação Penal. Processo 0600885-33.2-22.8.04.7300. Juiz(a): Luiziana Teles Feitosa Anacleto. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>

BRASIL. **100 Regras Atualizadas.** Disponível em https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/40002/100_regras_atualizadas.pdf. Acesso em 12 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/noticias/562383-proposta-amplia-de-30-para-50-anos-o-limite-do-tempo-de-prisao/> Acesso em 01o jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 10372/2018. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170> Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 2403/2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198621> Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. 84 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecdc40afbb74.pdf>. Acesso em 12 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela:** regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. 88 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em 12 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho

Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. 24 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em 12 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 348, de 09 de outubro de 2020.
Recuperado em 22 dez. 2022, de <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado15421720210126601038596c499.pdf>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Recuperado em 17 jul. 2021, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Recuperado em 08 maio 2021, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

BRASIL. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm Acesso em 23 dez. 2022.

BRASIL. Decreto n. 595, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em 24 jul. 2022.

BRASIL. Decreto n. 8.858, de 26 de setembro de 2016. Regulamenta o disposto no art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Disponível em <a href="https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8858.htm#:~:text=D8858&text=Regulamenta%20o%20disposto%20no%20art,1984%20D%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.&text=III%20D%20o%20Pacto%20de%20San,mulheres%20em%20condi%C3%A7%C3%A3o%20vulnerabilidade. Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Convenção sobre os Direitos da Criança. Recuperado em 17 jul. 2021, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm

BRASIL. **Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983.** Lei n. 7.210, de 11 julho de 1984. Recuperado em 23 out. 2021, de <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>

BRASIL. Juízo de Direito da 10º Vara Pena da Comarca de Santarém/PA. **Execução Provisória nº 0000255-18.2012.8.14.0051.** Apenado: Julio Romero Chaves. Disponível em: <https://seeu.pje.jus.br/seeu/>

BRASIL. **Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1980.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm) Acesso em 29 jun. 2023

BRASIL. **Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007.** Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de

5 de junho de 2012. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso em 29 jun. 2023

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Recuperado em 17 jul. 2021, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Recuperado em 22 dez. 2022, de: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/principiosdeyogyakarta.pdf>

BRASIL. 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 12 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 413.141/MS. 5ª Turma do STJ. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Thiago Vasconcelos de Souza. Relator: Min. Jorge Mussi. Julg. 20/02/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistrado&termo=201702092190&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 298.578/SP. 6ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Fernando Henrique Caixeta. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julg. 08/04/2015. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201401659747&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 452.903/SP. 5^a Turma. Impetrante: Josianne Pagliuca dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Varuna Santos da Silva. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julg. 11/06/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801315121&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso 29 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 561.862/SP. 6^a Turma. Impetrante: Francisco Campos Manso. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Célio Roberto Lopes Vasconcelos. Relator: Ministro Rogerio Schietti. j. 17/02/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000366994&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 564.292/SP. 5^a Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Josimar Nunes da Costa. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julg. 16/06/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000511483&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 660.332/RJ. 6^a Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Jairo Paulino de Andrade. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julg. 24/08/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202101143715&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 706.114/SC. 5^a Turma. Impetrante: Guilherme Rodolfo Feltrin. Paciente: Vitor Gustavo Weber. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julg. 17/11/2021. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103633103&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo 931. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod tema_inicial=931&cod tema_final=931 Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 113.084/PE. 5^a Turma. Recorrente: Simone Maria da Conceição. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julg. 02/10/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901435086&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347 (número único: 0003027-77.2015.1.00.0000). Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Interessado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641 (número único: 0004590-38.2017.1.00.0000). Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus 208.337 (número único: 0063692-49.2021.1.00.0000). Paciente: Ronaldo Estevao da Silva. Impetrante: Sarita Leite de Sousa. Relator: Min. Edson Fachin. Em andamento.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6288828>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 959.620 (número único: 0046003-68.2011.8.21.0001). Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Reclamado: Salete Suzana Ajardo da Silva. Relator: Min. Edson Fachin. Em andamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4956054> Acesso em 24 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.167 (sem número único). Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Odenilson da Silva Lima. Relator: Min. Marco Aurélio. Transitado em julgado em 22/01/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598040>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Processo n. 0001129-26.2013.8.04.7300.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Processo 0600448-89.2022.8.04.7300, Movimentação 67.2. Disponível em: <https://projudi.tjam.jus.br/projudi/>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1003644-18.2013.8.26.0053. 3ª Câmara de Direito Público. Ministro Relator: Marrey UInt. Julg.: 11/02/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AC_10036441820138260053_3fcb9.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1687814234&Signature=NYMRujM4t9L35aFdxUYXsvL0XvU%3D

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Autos de Prisão em Flagrante – Procedimento Especial da Lei Antitóxicos nº 0001660-41.2016.8.26.0625, fls. 298. Relator: Amable Lopez Soto. Julg. 09 de maio de 2018. Disponível em: portal e-saj.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Processo de Execução número 0010745-97.2019.8.26.0996, folhas 45 e seguintes. Juiz de Direito: Paulo Gustavo Ferrari. Julg: 21/09/2020. Disponível: portal e-saj

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo de Execução Provisória n. 0014139-13.2017.8.26.0502, fls. 86. 2ª Vara de Execuções Criminais. Juiz de Direito: Richard Francisco Chequini. Julg. 24 de julho de 2017. Disponível em: portal e-saj.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo de Execução n. 0015779-08.2019.8.26.0041. Vara Criminal do Foro de Cotia. Juiz(a) de Direito: Andressa Martins Bejarano. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=150001YFB0000&processo.foro=152&processo.numero=0015779-08.2019.8.26.0041>

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo de Execução n. 0002958-10.2020.8.26.0502. Vara do Júri/Exec./Inf. Juv. Juiz de Direito: Rafael Campedelli. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=DY0001RZR0000&processo.foro=198&processo.numero=0002958-10.2020.8.26.0502>

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo 7011112-03.2014.8.26.0050, fls. 635. Impetrante: Josianne Pagliuca dos Santos e Pedro Luporini Ferreira. Paciente: Cláudia dos Santos Silva. 13ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Augusto de Siqueira. Julg. 18/10/2018. Disponível em: Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_HC_21963985620188260000_04f35.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1687821143&Signature=CvVYUwbCiacEoS5vSHVFD%2Bq4R9w%3D

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo n. 1525954-08.2019.8.26.0228. 24ª Vara Criminal. Juíza de Direito: Giovana Furtado Oliveira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=6C0000NY20000&processo.foro=50&conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1525954-08.2019&foroNumeroUnificado=0228&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=152>

5954-

08.2019.8.26.0228&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&paginaConsulta=1 Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 0043449-62.2017.8.26.0050.

28^a Vara Criminal. Juíza de Direito: Fernanda Galizia Noriega. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1E001XFQA0000&processo.numero=50&conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0043449->

62.2017&foroNumeroUnificado=0050&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=0043449-

62.2017.8.26.0050&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&paginaConsulta=1 Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 1520366-20.2019.8.26.0228.

18^a Vara Criminal. Juíza de Direito: Teresa de Almeida Ribeiro Magalhães. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=6C0000JLT0000&processo.numero=1520366-20.2019.8.26.0228> Acesso em 29 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Falece Desembargador Scapini.

Publicado em 12/11/2014. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-2832/> Recuperado em 05 jan. 2023.

BRASIL. Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1^a RAJ. Pedido de providências nº 1000691-44.2018.8.26.0041. Juiz(a):

Carla Kaari. Arquivado Definitivamente em 27/11/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=150001D040000&processo.numero=1000691-44.2018.8.26.0041> Recuperado em 27 jun. 2023.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal.** 7^a Ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

BOUJIKIAN, Kenarik. **Juízes, da primeira à última instância, resistem a aplicar leis.** Junho de 2020. Recuperado em 09 set. 2020, de <https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/escritos-mulher-juizes-resistem-aplicar-leis>

BUCH, João Marcos. **Execução Penal e Dignidade da Pessoa Humana.** 1^a Ed., São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

BULOS, Uadi. Lammêgo. O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal. **Revista da EMERJ**, v. 3, n; 12., p. 184-198, 2000.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Faltas Disciplinares e Jurisdicinalização da Execução.** Curso de Extensão em Execução Penal. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - EDEPE, 29 de abril de 2019. (informação verbal). Acesso em: 20 de maio de 2019.

_____. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.111>

_____. II Encontro - **Seminário de diagnóstico das inspeções de monitoramento das condições de aprisionamento.** Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - EDEPE, 08 de abril de 2022. (informação verbal). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=QGaqQ8e49qo> Acesso em: 18 de março de 2023.

CANOLA, Bruno César; WANDECK FILHO, Flávio Aurélio. O pacote anticrime e seus reflexos na execução penal – alterações e inconstitucionalidades do novo sistema de progressões de regime. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 240–263, 2020. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/35>. Acesso em: 21 maio 2022.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo:** teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998.

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

_____. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo, In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTI, Eduardo M. O Ministério Público na Execução Penal, In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CERNEKA, Heidi Ann. **Regras de Bangkok**: está na hora de fazê-las valer. Boletim IBCCRIM, v. 20, n. 232, p. 18-19, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A influência da Convenção Americana de Direitos Humanos no processo penal brasileiro. Avaliação no seu décimo aniversário de entrada em vigor no Direito brasileiro. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 4, p. 111-128, 2002.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In CLÈVE, Clémerson Merlin *et al* (Coords). **Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORCIOLI FILHO, Roberto Luiz. **Criminologia do achismo**. Dez. 2013. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Recuperado em 29 dez. 2022 de <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5917/>

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Legitimidade da prisão no direito brasileiro**. 2a Ed. Porto Alegre: Sagra, 1991.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Coordenação: Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf> Acesso em 12 jun. 2022

CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de maio de 2014**. Medidas Provisórias a

respeito do Brasil. Assunto do Completo Penitenciário de Curado. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf, acesso em 24 jun. 2021.

DAVIS, Angela Y. **Abolition democracy**: Beyond empire, prisons, and torture. Seven Stories Press, New York, 2005.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Levantamento da Defensoria Pública a partir de mutirão realizado aponta índice de sucesso de 65% no STJ em casos de tráfico privilegiado durante a pandemia. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/noticias/-/noticia/658084> Acesso em 27 de junho de 2023.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3a. Ed., Malheiros Editores, 1995.

_____. O Estado e a ordem econômica. **Revista de direito administrativo**, v. 143, p. 37-50, 1981.

DOS SANTOS, Wener Vieira; BO, Franciney Machado. As dificuldades do sistema prisional e a ressocialização do apenado no estado do Amazonas. **Nova Hileia - Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia**, ISSN: 2525-4537, v. 3, n. 2, 2019.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio; PAGLIUCA DOS SANTOS, Josianne. Audiência de apresentação - ou “audiência de custódia” - em tempos de pandemia. In PEREIRA, Claudio José Langroiva *et al* (Coords). **Impacto da jurisprudência interamericana nas garantias processuais: um diálogo Argentina-Brasil**. Quartier Latin, no prelo.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A assistência jurídica da Defensoria Pública no processo penal - múltiplas funções, In SILVA, Franklin Roger Alves (Org.) **O Processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. São Paulo: CEI, 2020.

FERRAZ, Cláudia. A família na execução penal: um olhar sobre o afeto, a convivência e a reintegração. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coords). **Redesenhando a Execução Penal 2**: por um discurso emancipatório democrático. 1ª Ed., Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

FRAGA, Paulo Denisar. **Utopia**: roteiro de um conceito. Revista Espaço Acadêmico, v. 16, n. 186, p. 01-07, 2016.

GENELHÚ, Ricardo. **Abolicionismo Penal à Brasileira** - Aula Aberta. Introcrim Lives, 25 maio 2021. Recuperado em 30 maio, 2021, de <https://youtu.be/kNvHlpnPSzY>

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 1^a Ed., Belo Horizonte: Editora CEI, 2018

_____. Visão crítica da execução penal, In SILVA, Franklin Roger Alves (Org.) **O Processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. São Paulo: CEI, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 2^a Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRAEBER, David. **Fragmentos de uma antropologia anarquista**. Deriva, 2019.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. 3a Ed., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

IDP. **Habeas Corpus e Controle do Poder Punitivo**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yGv7aJfuA5w>, acesso em 20 jun. 2021.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **What is the I/A Court H.R?**, San Jose, Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=en Recuperado em 22 de dez. 2022.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Agenda Municipal para Justiça Criminal**. Propostas de políticas municipais. 2020. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Agenda-Municipal-ITTC-2020.pdf> Acesso em 05 jun. 2021.

_____. **Banco de Dados**: Mulheres migrantes em conflitos com a lei. Disponível em: <http://ittc.org.br/boletim-banco-de-dados-qual-o-perfil-das-mulheres-migrantes-atendidas-pelo-ittc/> Acesso em 27 jan. 2023.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas**. 2^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

JOÃO, Camila Ungar. **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 de mestrado. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2021.

JUÍZES PARA A DEMOCRACIA; IBCCRIM; CEDD/UNB; PASTORAL CARCERÁRIA. **Caderno de propostas legislativas:** 16 medidas contra o encarceramento em massa. Disponível em: <https://www.ajd.org.br/documentos/cidadania/650-74caderno-de-propostas-legislativas-16-medidas-contra-o-encarceramento-em-massa> Acesso em 27 jun. 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo *et al.* **Lei anticrime comentada** - artigo por artigo. 2a. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade.** Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n. 1 (jan./jun. 1996) - Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

KEHDI, Andre Pires de Andrade. **A cruzada do Tribunal de Justiça de São Paulo contra o garantismo penal.** Maio de 2021. Recuperado em 20 jun. 2021, de <https://www.conjur.com.br/2021-mai-13/andre-kehdi-cruzada-tj-sp-garantismo-penal>

KING JR, Martin Luther. **[Correspondência].** Destinatário: Bishop C. C. J. Carpenter et al. Birmingham, Alabama, 16 abr. 1963. Recuperado em 14 mar. 2023, de http://okra.stanford.edu/transcription/document_images/undecided/630416-019.pdf

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. **O conceito de direito em Hart. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://encyclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>.

KRENAK, Ailton. Entrevistas. In: COHN, Sergio, IDJAHURE, Kadiwéu (Org.). **Tembetá - conversas com pensadores indígenas**. Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2019.

LEAL, Cesar Barros. Revisitando o modelo das Regras de Mandela e das Regras de Bangkok: um estudo sobre os vulneráveis privados de liberdade, In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado e LEAL, Cesar Barros (Coords.) **Os direitos humanos dos vulneráveis, marginalizados e excluídos**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2022. Disponível em http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/DIREITOS_HUMANOS_DOS_VULNERA%CC%81VEIS_MARGINALIZADOS_E_EXCLUIDOS.pdf

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 17^a Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, v. I. 3a Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022 1 recurso online.

_____. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2a Ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAIA, Maurilio Casas. *Custos vulnerabilis* no processo penal, In SILVA, Franklin Roger Alves (Org.) **O Processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. São Paulo: CEI, 2020.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos do preso: lei de execução penal, Lei nº 7.210/84**. 1^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINES, Fernando. **Presidente do STJ repreende TJ-SP por ignorar súmulas e não conceder HC.** CONJUR, 18/09/2018. Disponível em <https://tinyurl.com/JONrepreendeTJSP>, acesso em 20 jun. 2021.

MARTINS, André Maia de Carvalho. A saída temporária e a (in)exigibilidade do requisito objetivo ao preso que inicia o cumprimento da pena no regime semiaberto. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coords). **Redesenhando a Execução Penal 2:** por um discurso emancipatório democrático. 1ª Ed., Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista.** 2ª Ed., Barueri: Atlas, 2021.

_____; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime:** comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Diretrizes para a convivência mãe-filho/a no sistema prisional.** Disponível em <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-diretrizes-convivencia-mae-filho-1.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil.** Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil> Acesso em 22 de maio de 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE; COORDENAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE MENTAL. **O ofício da supervisão e sua importância para a rede de saúde mental do SUS.** Dez. 2007. Disponível em http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/oficiodasupervisao.pdf Acesso em 17 jan. 2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Execução penal.** 15ª Ed., Barueri: Atlas, 2022.

MIRANDA, Rafael de Souza. **Manual de execução penal.** 3ª Ed., Salvador: Editora JusPodivim, 2021.

MORUS, Thomas. **Utopia**: sobre a melhor condição de uma república e sobre a nova ilha Utopia [tradução Leandro Dorval Cardoso]. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

MUNDIM, Marília. **Desafios carcerários são discutidos por representantes do CNJ em audiência no STF**. Conselho Nacional de Justiça, 14 de junho de 2021. Disponível em <https://tinyurl.com/CNJdesafioscarcerarios>. Acesso em 02 jul. 2021.

NASCIMENTO, Gabrielle. **Oi, Jout Jout. Senta aqui. E se a gente humanizasse o holocausto?**, 2018. Recuperado em 30 maio, 2021, de <https://tinyurl.com/SeHumanizasseHolocausto>

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016. Recurso eletrônico. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99925223/v6/document/112131700/anchor/a-112131700> Acesso em 10 fev. 2023.

_____; Paulo Henrique. De tigres a tiros: negros, segurança pública e necropolítica. In: OLIVEIRA, Vanessa *et al* (Coords). **De bala em prosa: vozes da resistência ao genocídio negro**. São Paulo: Elefante, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3a Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OAB AMAZONAS. **Reunião Pública – Comissão de Direito Humanos OABAM**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=almlr1oECow&t=1217s> Acesso em 02 de junho de 2022.

Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe – UNODC ROPAN, Equipo de Justicia Criminal y Reforma Penitenciaria. **Reforma Penitenciaria y Medidas Alternativas al Encarcelamiento en el Contexto Latinoamericano, Opinión Técnica Consultiva ex officio n. 006/2013, dirigida a los Estados de la región de América Latina**. 2013. Disponível em https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf Acesso em 08 set. 2022.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Ed. da UFSC/Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 25a Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o Processo Penal brasileiro.** 3a Ed., Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

_____. **Execução Penal na jurisprudência do STF, do STJ e de órgãos e tribunais internacionais de direitos humanos.** Belo Horizonte: CEI, 2022.

_____; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos.** 3ª Ed., Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

PARREIRA, Marcelo. **Criminalização da pobreza e pouca investigação no combate às drogas:** veja conclusões de pesquisa engavetada pelo governo. O Globo, 18 de março de 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/03/18/criminalizacao-da-pobreza-e-pouca-investigacao-no-combate-as-drogas-veja-conclusoes-de-pesquisa-engavetada-pelo-governo.ghtml> Acesso em 19 mar. 2023.

PENAL REFORM INTERNACIONAL. **Overcrowding.** Disponível em: <https://www.penalreform.org/issues/prison-conditions/key-facts/overcrowding/> Recuperado em 03 jan. 2023.

RAMALHO, José Ricardo. **Mundo do crime:** a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 9ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

REVISTA PROSA VERSO E ARTE. **Para que serve a utopia?** – Eduardo Galeano. Publicado em 08/05/2021. Disponível em <https://tinyurl.com/UtopiaBirri>. Acesso em 05 jun. 2021.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Desencarceramento:** por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Tradução Bruno Rotta Almeida. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ROBERTS, Dorothy. “**Abolition Constitutionalism**”, Harvard Law Review, 133, 2019, p. 1-122

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

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 2a Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades.** Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais., n 15, jan.-abr. 2014, p. 104-120. Recuperado em 23 jan. 2023 de <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7386>

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. **Revista de direito penal.** Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, ns. 11/12, jul.-dez. 1973, p. 7-20. Recuperado em 05 jan. 2023 de <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP11-12.pdf>

RUDNICKI, Dani; DE SOUZA, Mônica Franco. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros. **Revista de Informação Legislativa**, p. 107-115, 2010.

SÃO PAULO. **Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989.** Recuperado em 21 dez. 2022, de <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>

SÃO PAULO. Resolução Secretaria da Administração Penitenciária 144, de 29 de junho de 2010. **Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo.** Recuperado em 02 jan. 2023, de <https://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>

SANTOS, Josianne Pagliuca dos. **A importância da saída temporária no cumprimento da pena privativa de liberdade: uma análise da concessão do instituto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.** Monografia de Especialização. Centro Universitário Uninter, Curitiba, 2019.

_____. **Aspectos básicos e práticos da execução penal, com ênfase na atuação do Projeto Mulheres Migrantes (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania), na capital**

paulista. Maio de 2019, revisado e atualizado em fevereiro de 2021. Recuperado em 15 de agosto de 2021 de: <https://tinyurl.com/FormacaoExecucaoITTC>

_____. **Judiciário nega pandemia nas prisões dizendo que somente astronautas estão a salvo.** Justificando, 23 jun. 2020. Disponível em <https://www.justificando.com/2020/06/23/judiciario-nega-pandemia-nas-prisoes-dizendo-que-somente-astronautas-estaoa-salvo/>.

_____. **Justiça restaurativa em casos de violência LGBTfóbica. Monografia de Graduação.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

_____. **O incidente de resolução de demandas repetitivas será capaz de harmonizar decisões sobre progressão de regime prisional?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 nov. 2021, 04:22. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57417/o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-ser-capaz-de-harmonizar-decises-sobre-progresso-de-regime-prisional>. Acesso em: 28 dez. 2022.

_____. **O uso da prisão domiciliar para garantir o direito à convivência da prole com a mãe.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 nov. 2021, 04:22. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57619/o-uso-da-prisao-domiciliar-para-garantir-o-direito-convivencia-da-prole-com-a-me> Acesso em: 28 dez. 2022.

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito.** 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Dados estatísticos da população carcerária masculina e feminina. Data Base: 31/05/2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/31052021SAPSP>, p. 2. Acesso em 07 ago. 2021.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Execução Penal: Controle de Legalidade, In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal, In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipótese: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. In **Revista de Processo, São Paulo**, 2015. p. 91-117

_____. **Raciocínio probatório por inferências**: critérios para o uso e controle das presunções judiciais. Tese de doutorado. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2018.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1^a Ed., São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

_____. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. 1^a Ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Recuperado em 05 jan. 2023 de http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002212053-beccaria_filippo_gramatica_4.pdf

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Defensiva**. Curso ESUDPAM Ensina. Escola da Defensoria Pública do Estado do Amazonas - ESUDPAM 14 de fevereiro de 2023. (informação verbal). Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5a Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **A execução penal na jurisprudência contemporânea: em busca de efetividade e humanização**. Dezembro de 2018. Disponível em <https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2018/12/13/aexecucao-penal-na-jurisprudencia-contemporanea/> Acesso em 09 jun. 2020.

SILVA, Mariana Lins de Carli. “**Puxar cadeia junto**”: significados do protagonismo de mulheres familiares de pessoas presas. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 220 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

SOUZA, Alexandre Alves. Garantismo aplicado à execução penal. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coords). **Redesenhandando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. 1ª Ed., Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

ST. JOHN, Victor J; BLOUNT-HILL, Kwan-Lamar. Place, space, race, and life during and after incarceration: dismantling mass incarceration through spatial and placial justice. **Harvard Journal of African American Public Policy**, Cambridge (2019): 46-54.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Um oásis no deserto**. Boletim IBCCRIM, v. 20, n. 232, p. 19, 2012.

TEJADA, Rodrigo Collares. **O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e as Regras de Mandela: o direito internacional e o futuro julgamento da ADI 4162, STF**. Defensoria Pública da União, 2016. Recuperado em 06 set. 2021 de <https://www.dpu.def.br/repositorio-do-conhecimento/direito-comparado-e-internacional/41311-o-regime-disciplinar-diferenciado-rdd-e-as-regras-de-mandela-o-direito-internacional-e-o-futuro-julgamento-da-adi-4162-stf>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. **Em tabatinga, juiz institui Semana do Mutirão Carcerário que ocorrerá anualmente na comarca**. Publicado em 15/02/2022. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/5494-em-tabatinga-juiz-institui-semana-do-mutirao-carcерario-que-ocorrera-anualmente-na-comarca>, acesso em 21 de abril de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Provimento Conjunto 03/2015**. Ano VIII. Edição 1814. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=65062> Acesso em: 03 nov. 2020.

TUDO DE PENAL. Atenção especial que devem receber as mulheres privadas de liberdade. Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/atencao-especial-que-devem-receber-as-mulheres-privadas-de-liberdade/> Recuperado em 23 dez. 2022.

_____. **Compensação por prisão em condições degradantes.** Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/compensacao-por-prisao-em-condicoes-degradantes/> Recuperado em 25 dez. 2022.

_____. **Direito à saúde das pessoas presas.** Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/direito-a-saude-das-pessoas-presas-2/> Recuperado em 23 dez. 2022.

_____. **Direito de se manifestar no seu próprio idioma.** Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/direito-de-se-manifestar-no-seu-proprio-idioma/> Recuperado em 23 dez. 2022.

_____. **Obrigação do Estado de proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade.** Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/obrigacao-do-estado-de-proteger-a-vida-e-a-integridade-pessoal-das-pessoas-privadas-de-liberdade/> Recuperado em 23 dez. 2022.

_____. **Obrigações dos Estados diante da sua posição especial de garante dos direitos da pessoa privada de liberdade.** Disponível em <https://tudodepenal.com/julgados/obrigacoes-dos-estados-dante-da-sua-posicao-especial-de-garante-dos-direitos-da-pessoa-privada-de-liberdade/> Recuperado em 23 dez. 2022.

_____. **Posição especial de garante do Estado em relação aos menores privados de liberdade.** Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/posicao-especial-de-garante-do-estado-em-relacao-aos-menores-privados-de-liberdade/> Recuperado em 23 dez. 2022.

_____. **Posição de garante do Estado em relação à pessoa presa.** Disponível em: <https://tudodepenal.com/julgados/posicao-de-garante-do-estado-em-relacao-a-pessoa-presa/> Recuperado em 23 dez. 2022

VACANI, Pablo. Curso de Capacitação: **Controle de Convencionalidade**. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 10 de maio de 2022. (informação verbal). Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=ozs_nAlkv4Q. Acesso em 16 jun. 2023.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. 1^a Ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

_____. **Execução Penal e Ressocialização**. 1^a Ed., São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

_____. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. 2^a Ed. atual. com base na Lei 13.694/19, denominada Lei Anticrime, Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

VEIGA, Alessa Pagan; NEVES, Marcella Moraes Pereira das. As repercussões da lei anticrime na execução penal, In SILVA, Franklin Roger Alves (Org.) **O Processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. São Paulo: CEI, 2020.

VENÂNCIO, Firmiane. Princípio da intranscendência da pena e o modelo prisional vigorante. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coords). **Redesenhando a Execução Penal**: a superação da lógica dos benefícios. 1^a Ed., Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

UNITED NATIONS. Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015. **United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules)**. Distrit: General, 2016. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf>

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **O Julgamento da Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado Brasileiro**. Parecer Jurídico. De Washington para Brasília. 20/06/2013. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/SRTorture/ParecerMendez_sp.pdf Recuperado em 27 jun. 2023.

UOL ECONOMIA. **Desigualdade aumenta no Brasil, e 1% da população concentra 50% da riqueza.** Publicado em 24/06/2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/06/24/distribuicao-riqueza-nacional--brasil.htm> Acesso em 30 jun. 2021.

URIIBE, Carlos Alberto Colmenares. El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia. **Academia & Derecho**, n. 5, p. 65-81, 2012.

UWAI, Ana Luiza Voltolini. **Nosotras**. São Paulo: Pluralidades, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Penas ilícitas. **Un desafío a la dogmática penal**. 1a Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur (digital), 2020.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.