



PUC-SP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

GABRIELLE ALMEIDA ROCHA TAVARES

VOZ E CÁRCERE:

Estudo sobre o direito ao silêncio na execução penal

SÃO PAULO

2023

GABRIELLE ALMEIDA ROCHA TAVARES

VOZ E CÁRCERE:

Estudo sobre o direito ao silêncio na execução penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Eliana Faleiros Vendramini Carneiro.

SÃO PAULO

2023

Aos meus avós, Jesuino e Maria Ivone, e à
minha mãe, Andréa, com o mais polido dos
carinhos.

AGRADECIMENTOS

A todos que colaboraram para a realização deste trabalho, expresso minha sincera gratidão, especialmente:

À Professora Eliana Vendramini, quem abraçou o tema desde o início, por sua orientação. Meu respeito à senhora.

Ao Professor Luiz Guilherme Arcaro Conci, com quem tive a honra de ser monitora e auxiliar em suas atividades de docência e pesquisa ao decorrer de quatro anos. O senhor guiou a minha graduação e me orientou do modo mais carinhoso possível. Agradeço as oportunidades abertas, a confiança e os aprendizados que advieram dessa experiência.

À minha família, que se faz presente em todos os momentos, sem exceção, independente da distância física. Amo e admiro muito vocês. Obrigada por tudo o que foi necessário para a conclusão dessa graduação, que eu sei não ter sido pouco.

Aos meus amigos que me acompanham desde o Colégio e sempre me incentivaram, que tenho a alegria de serem diversos, em especial Maria Paula, Flávio e Luiza.

Aos amigos que tive o prazer de conhecer durante a graduação, especialmente a Luiza Torturelli, meu apoio no subjetivo e minha guinada nas críticas.

Às amigas iniciadas no escritório Barci de Moraes, que tanto me ensinam e apoiam diariamente, em especial Gabrielly e Jaine. Obrigada por me enxergarem e terem sido apoio incondicional na entrega desse trabalho.

A todos com quem tive o prazer de estagiar durante esses anos. Tantas oportunidades incríveis me foram oferecidas, pessoas com quem aprendi e muito respeito.

A todos que me orientaram durante a graduação, nos mais diversos projetos de pesquisa e de extensão que participei. Foi um privilégio dividir esse caminho e, agora, perceber a quantidade de pessoas que admiro e tive o prazer de aprender. Destaco o GEMP, o GEA-IBCCrim, o DHCE-USP, o GDUCC, o GEDP-FGV, o NDCC, dentre outros.

“Tudo estava pronto, apenas as correias ainda pendiam nas laterais, mas era óbvio como eram desnecessárias.” (KAFKA, 2020, p. 120).

RESUMO

TAVARES, G. **Voz e Cárcere:** estudo sobre o direito ao silêncio na execução penal.

Este trabalho de conclusão de curso apresenta análise acerca do direito ao silêncio na execução penal. Buscou-se apresentar a execução penal no Brasil, analisando seu histórico, dados estatísticos e natureza jurídica. Dada a natureza jurisdicional verificada, percebeu-se a atração das normas do complexo penal, dentre as quais o direito ao silêncio. Em seguida, desenvolveu-se tal garantia fundamental, avaliando o seu respeito e aplicabilidade na execução penal, a partir principalmente do exame criminológico. Constatado o desrespeito a esse direito, investigou-se as consequências ao apenado, principalmente no instituto da revisão criminal.

Palavras-chave: execução penal; direito ao silêncio; exame criminológico; revisão criminal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CTC	Comissão Técnica de Classificação
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
LEP	Lei de Execuções Penais
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
SISDEPEN	Sistema Nacional de Informações Penais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal e Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL	10
2.1 CONCEITO	10
2.2 HISTÓRICO.....	12
2.3 DADOS ESTATÍSTICOS	17
3 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL	21
4 PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	24
4.1 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	27
4.2 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL	29
5 O DIREITO AO SILÊNCIO	31
5.1 CONCEITO	31
5.2 HISTÓRICO.....	33
5.3 PROBLEMÁTICAS DO DIREITO AO SILÊNCIO NA EXECUÇÃO PENAL.....	35
5.3.1 Coleta de material genético	36
6 DIREITOS DA EXECUÇÃO PENAL	39
6.1 BENEFÍCIOS OU DIREITOS?.....	39
6.2 PROGRESSÃO DE REGIME.....	40
6.2.1 Requisitos objetivos	41
6.2.2 Requisitos subjetivos.....	43
6.3 LIVRAMENTO CONDICIONAL	44
6.3.1 Requisitos objetivos	45
6.3.2 Requisitos subjetivos.....	46
7. O EXAME CRIMINOLÓGICO	48
7.1 CONCEITO	48
7.2 QUESITOS.....	50
7.3 CONFLITO COM O DIREITO AO SILÊNCIO	52
8 A REVISÃO CRIMINAL	55
8.1 CONCEITO.....	55

8.2 EFEITOS DO DESRESPEITO DO DIREITO AO SILÊNCIO	56
9 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia para conclusão da graduação em Direito objetiva contribuir para com a produção acadêmica acerca da execução penal, área de tímida exploração, investigando seu histórico, dados estatísticos, natureza jurídica e princípios norteadores.

Posteriormente, busca-se investigar a relação entre os tratados e convenções internacionais e o direito doméstico brasileiro. Nessa oportunidade, são estudadas as garantias fundamentais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e apresentada a hodierna teoria do constitucionalismo multinível.

Em seguida, demonstra-se o direito convencional e constitucional ao silêncio e a sua aplicabilidade também sobre a fase executiva, não apenas à fase investigativa ou de conhecimento.

Assim, é explorado o desrespeito de tal garantia fundamental na execução penal a partir, principalmente, do exame criminológico. As consequências dessa violação ao apenado são minuciosamente investigadas, demonstrando afetação ao julgamento da ação de revisão criminal.

Entende-se como temática eivada de interesse social, dada a sua relevante aplicação na realidade fática e jurídica no Brasil, conforme será demonstrado por meio de análise jurisprudencial e citação de levantamentos de documentos realizados por pesquisadores, à exemplo da Luciane Neitzel Friedrich.

2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

2.1 Conceito

A análise etimológica do termo “execução” (*ex sequor, excseutio*) traduz o que é posterior à cognição, com intrínseca relação de causalidade. Assim, nos termos dos principais dicionários brasileiros de língua portuguesa, “execução” se refere ao ato de colocar em prática ou de realizar algo previamente determinado. Nesse sentido, Rodrigo Roig (2022, p. 15) define que “em matéria penal, execução significa a colocação em prática do comando contido em uma decisão jurisdicional penal, em regra, contra a vontade do condenado.”

O artigo 1º da Lei de Execuções Penais (LEP) colabora à definição, tendo em vista determinar o papel da execução penal como efetivador das disposições de sentença (condenatória ou absolutória) e de decisões criminais. Na segunda parte desse mesmo dispositivo, é apresentada a sua finalidade de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, o que será discutido em capítulo adiante.

Importa ressaltar que a execução penal, *ipso jure*, é consequência tanto das sentenças quanto das decisões criminais, isto é, entende-se que ela não está restrita a momento posterior ao trânsito em julgado. Nos ensinamentos de Piero Marsich (1898, *apud* Raymundo, 1955, p. 104), a execução penal abrange também as decisões interlocutórias de caráter provisório ou cautelar, dado os atos de conservação (anteriores à sentença definitiva) e os atos de repressão (posteriores à sentença definitiva) manifestarem comando jurisdicional. Assim, aqueles que sofrem a prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão temporária, ou qualquer outra medida cautelar, estão também vivenciando a execução penal, porém na modalidade provisória, estando sujeitos à LEP, conforme seu artigo 2º, parágrafo único.

Desta feita, aos réus presos e aos réus soltos deve ser franqueada a possibilidade de pleitear seus direitos junto ao Juízo da Execução, justamente pelo instituto da execução provisória da pena, resultado da cominação do artigo 2º, parágrafo único, e 105, ambos da LEP. Ademais, em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), todo sujeito privado de liberdade apresenta o direito de estar vinculado a uma autoridade judicial, sendo este o Juízo da Execução, nos termos do art. 66 da LEP.

Destaca-se a possibilidade de expedição de guia de execução mesmo sem a prisão do condenado, a fim de marcar o início da execução e, assim, ser possível a apreciação de pedido

de detração pelo Juízo das Execuções (STF, HC 119153/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática de 26-09-2013; STJ, HC 312561/SP, 6ª Turma, Min. Rel. Antonio S. Palheiro, j. 19-5-2016, DJe 13-6-2016), ou a fim de requer institutos próprios da execução penal, em cumprimento ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (STJ, RHC 114208/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13-8-2019, DJe 30-8-2019).

No mesmo sentido, é forçoso evidenciar a Súmula nº 716, do Supremo Tribunal Federal, que determina ser admitida “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, isto é, a progressão de regime, direito a ser concedido pelo Juízo da Execução, pode ser pleiteado pelo preso provisório.

Ainda, asseverando tal entendimento, tem-se a edição da Resolução nº 113/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que, em seu artigo 8º, determinou a expedição da guia de recolhimento, documento que marca o início temporal da execução penal, aos presos provisórios, para ser possível o pleito dos direitos pertinentes. Nesses termos:

Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Em igual sentido, o artigo 3º, da Resolução nº 12/2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária:

Recomendar que a guia de recolhimento provisório e o reconhecimento dos direitos previstos na Lei de Execução Penal, ainda que haja recurso da acusação que vise a majorar a quantidade da pena imposta ao condenado, salvo disposição legal em contrário.

Tais possibilidades, porém, não podem ser confundidas com o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação, contrário aos princípios e ao diploma legal, conforme elucidado por Rodrigo Roig (2022, p. 94):

A execução provisória da pena para beneficiar réus presos não se confunde com a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento, antes do trânsito em julgado, em desfavor daqueles réus que se encontram soltos durante o processo (também chamada pela jurisprudência de “execução provisória da pena”). Esta última – que teria como melhor nomenclatura execução antecipada da pena – ofende o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, em 8/11/2019, no julgamento do mérito das ACDs 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal quanto à exigência de trânsito em julgado da condenação para o início do cumprimento da pena.

Compreendida a jurisdição da execução penal, há problemática em relação à definição temporal de seu início. Dentre a sentença condenatória e a expedição da guia de recolhimento (marco inicial), tem-se um “limbo jurisdicional”, o que significa dizer que não há juízo competente para apreciação dos requerimentos do condenado. Isso, pois o Juízo de conhecimento teve sua competência exaurida com a prolação da sentença condenatória e o Juízo de execução não teve a sua competência iniciada, dada a inexistência de processo executório. Assim, a fim de evitar que o condenado seja prejudicado pela demora nos trâmites processuais e a inafastabilidade do controle jurisdicional seja ofendida, o CNJ editou a Resolução nº 113 para recomendar a emissão da guia de recolhimento no ato da sentença, tendo alteração de competência ao Juízo de execução de modo automático.

Isto posto, entende-se como imprescindível a conceituação de execução penal para a definição de sua competência, bem como para a regulamentação dos seus institutos, o que será discutido adiante.

2.2 Histórico

O desenrolar histórico dos conjuntos de normas jurídicas que afetam a execução penal, bem como da própria realidade fática *intra* e *extra* cárcere, é fulcral para se compreender a tutela jurisdicional executória penal na atualidade.

Nas palavras de Rodrigo Roig (2013, p. 27), “a história da regulamentação carcerária no Brasil é, sem dúvida alguma, marcada pela infâmia”, atribuindo essência antidemocrática ao sistema penitenciário brasileiro. Para tal, faz-se necessário compreender o *status quo* de diferentes décadas da história brasileira, a fim de se traçar as afetações entre os sistemas de Niklas Luhmann e o papel do direito e suas instituições nas estruturas de poder.

Importa ter-se em mente a tese de que a cultura de determinada sociedade impõe o limite extremo que a pena pode alcançar, isto é, a pena como é compreendida em seu desenrolar histórico denuncia a sua característica inerente de *ultima ratio*, dado calcular o limite jurídico de dor permitida do Estado impor a um indivíduo. Essa a teoria de Hermann Kriegsmann: “(...) es de la esencia de la pena de privación de libertad, el sojuzgar absolutamente todos los medios de coacción que según las ideas morales y jurídicas de la época pueden ser admisibles” (1958, p. 455).

Dada ser a proposta de análise da prática do Estado, a abordagem histórica adotará como marco inicial o Brasil Colônia (século XVI ao início do século XIX).

Nesse período, o sistema penal adotado no Brasil se encontrava na seara privada e corpórea. Os senhores instruíam, processavam, julgavam e executavam a pena determinada sobre seus escravos, dentre as quais se destaca: (i) pena pública de morte na forca; (ii) pena de degredo, que consiste na obrigação de residir em determinada localidade por determinado período (posterior artigo 51, do Código Criminal de 1830); (iii) pena de galés, que sucumbia o condenado a se locomover de calceta nos pés e/ou corrente de ferro, bem como a exercer trabalho público na localidade em que o delito foi praticado (posterior artigo 44, do Código Criminal de 1830); (iv) pena de desterro, que se resume à expulsão do réu da localidade de prática do delito por determinado tempo (posterior artigo 52, do Código Criminal de 1830); (v) imposição de trabalhos forçados. Em época anterior ao Código Criminal de 1830, as Ordenações Filipinas, conjunto de Leis promulgado em 1603, as regulava.

Um engano, porém, inferir que não havia instituição similar ao cárcere à época. A história, embora delimitada em episódios para fins didáticos e de análise científica, não é recortada na realidade e apresenta características mistas, dada as suas mudanças ocorrerem, majoritariamente, de modo gradual. Assim, nos últimos anos do Brasil Colonial é perceptível a existência de instituições-embriões das atuais prisões, as quais se destaca: (i) fortalezas; (ii) navios ou presigangas; (iii) prisões eclesiásticas; (iv) quartéis; (v) ilhas. Frisa-se a figura do calabouço, que se tratava de caverna utilizada para prender escravos para o cumprimento de sua pena, que, por sua própria geografia, é escura, úmida e sem ventilação.

Com isso, é pacífico o entendimento sobre as condições insalubres das prisões, muitas vezes acompanhadas do super encarceramento, da não segregação entre os presos (gênero, idade, delito cometido, dentre outros) e de alarmantes castigos corporais (à exemplo do açoite, acorrentamento, solitária e trabalho forçado). Enquanto consequências, as mortes e enfermidades eram corriqueiras, ocasionando problemas de saúde pública a toda a cidade.

Eis a descrição da historiadora Mary Karasch (2000, p. 178) sobre a prisão do Aljube:

Localizada em um dos lados do morro da Conceição, boa parte dela era subterrânea. De acordo com a investigação de 1830, era tão horrível, úmida, insalubre e inabitável que nem mesmo animais deveriam ser alojados ali. Numa pequena praça externa, uma “multidão” de mulheres e crianças tentava conversar com os prisioneiros através dos portões. Eles queixavam-se de calor, fome e saúde ruim. Embora a capacidade normal da prisão fosse de 192 prisioneiros (em 1835), ela alojava então 390, sendo que em 1833 esse número já chegara a 340. Embaixo do recinto superior lotado ficava a masmorra chamada de Guiné, e quem não pudesse pagar uma taxa de trinta réis era

confinado lá. No verão, esses prisioneiros morriam frequentemente sufocados. Havia também uma pequena área do Aljube separada para mulheres, que era uma “desgraça”, nas palavras da comissão.

Dada as flagrantes torturas estatais para com os presos escravos, sua capacidade laboral era também afetada, muitas vezes levando à perda da mão-de-obra dos senhores, como eram considerados. Por desestímulo financeiro, portanto, iniciou-se o costume de impor normativamente limites às penas, não por respeito a supostos direitos subjetivos dos presos, mas por resguardo a alguém considerado propriedade produtiva dos senhores.

Esse cenário da sociedade escravista do século XIX é o berço do sistema prisional brasileiro. De acordo com Roig (2013, p. 35), a conjuntura penitenciária não sofreu significativas modificações até os dias atuais, sendo à época marcada:

[...] pelo vigilantismo (panoptismo), pela adoção do critério da condição social do apenado como parâmetro para a distribuição de punições, pela notória discriminação entre presos escravos e presos ‘comuns’ e pela coexistência de modelos penais ressocializadores e meramente aflitivos, que perseguiram escopos utilitaristas e encarnavam a contradição entre o liberalismo e a escravidão.

O incentivo à pena de prisão ocorria em um contexto global, sendo uma resposta a conflitos sociais existentes e a busca pelo congelamento de uma estrutura de poder. No continente europeu e norte-americano, buscava-se restaurar a ordem abalada pelos movimentos sociais do século XIX que dificultavam o avanço econômico-produtivo; no Brasil, por sua vez, a prisão almejava combater os abalos à ordem escravista.

A partir do Brasil-Império, com a promulgação da Constituição Imperial de 1824, instalou-se a Casa de Correção da Corte (1850), que manifesta o projeto conturbado ao que seria o cárcere no Brasil. A construção do primeiro raio foi inspirada no modelo arquitetônico do sistema de Auburn, caracterizado pelo silêncio forçado, no qual os presos trabalhavam coletivamente durante o dia e eram confinados individualmente no período noturno. O segundo raio, por sua vez, inspirou-se no sistema pensilvânico, do século anterior (séc. XVIII), caracterizado pelo silêncio e isolamento absoluto durante todo o cumprimento da pena, porém, conforme o Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte (p. 267), as celas comportavam até seis presos. Isto é, o presídio panóptico brasileiro é uma junção de sistemas não bem reproduzidos e contrários entre si, que agrupou presos e regimes disciplinares distintos, expondo a dificuldade brasileira na adoção de uma política penitenciária própria.

Contribuiu à miscelânea da política penitenciária o fato dos seus regulamentos disciplinares serem eivados de termos vagos, conferindo às autoridades administrativas notório arbítrio. O Decreto nº 678 de 06 de julho de 1850 deu origem ao Regulamento para a Casa de

Correção do Rio de Janeiro, considerado a matriz do regramento carcerário brasileiro. Incutiu modelo meritocrático e progressivo de pena sentido até os dias atuais, marcado por notável hierarquia entre os reclusos (classe identificada por estampa nos uniformes), acompanhada pela concessão de privilégios e imposição de punições disciplinares (rebaixamento de classe, imposição de trabalho solitário na própria cela, restrição alimentar, reclusão em cela escura, imposição de ferros e qualquer outra julgada pertinente pelo diretor), definidos arbitrário e administrativamente.

Nesse período, tem-se o desenvolvimento da medicina carcerária, aliando a interioridade psíquica dos reclusos a seus traços físicos, reduzindo-os a meros objetos de pesquisa criminológica. Dr. Luis Almeida Valle, dentre 1869 e 1876, ocupou o cargo de médico e diretor da Casa de Correção, quando desenvolveu fichas sobre personalidade e hereditariedade dos privados de liberdade, requerendo a instalação de gabinete para que fosse possível estudar os seus crânios. As categorias desenvolvidas são (1870, pp. 64-67): o gatuno, o vagabundo, o envenenador, o assassino com tendência irresistível ao derramamento de sangue, o assassino que praticara o crime em circunstâncias horrorosas e o cavalheiro da indústria. Bastante significativas as categorias desenvolvidas, pois expõem o entendimento da administração sobre os seus reclusos, calcados na ilusão de que seriam doentes eivados de violência, cada qual a seu modo, necessitando de tratamento, que seria a pena, sendo essa a raiz do princípio da individualização da pena.

No tocante à voz, a imposição do silêncio persiste. Caso fosse necessário se comunicar com os agentes, era necessário demonstrar sinal para pedir a fala e se comunicar em “voz submissa”, nos termos do artigo 44 do Decreto nº 678, ou posteriormente alterado para “à meia voz” no artigo 144, §1º, do Decreto nº 8.386, de 1882. Por fim, a queixa de injustiças contra si estava cominada na punição, caso a administração do estabelecimento não se convencesse do seu acontecimento, tolhendo-a, portanto.

Promulgado em 1890, o Código Penal da República ofereceu importantes alterações para a execução penal atual, pois extinguiu a prisão perpétua, limitando a privação de liberdade a 30 anos, instituiu o livramento condicional e o sistema progressivo ao cumprimento de pena para aquelas superiores a seis anos. Seu artigo 43 apresenta o rol de penas admitidas: (i) prisão celular pelo período máximo de um ano; (ii) banimento, tendo sido proscrita na Constituição de 1891; (iii) reclusão, cumpridas em estabelecimento militares, fortalezas ou praças de guerra; (iv) prisão com trabalho obrigatório; (v) prisão disciplinar, aplicada aos menores de 21 anos; (vi) interdição; (vii) multa; (viii) suspensão ou perda de emprego público. Muito discutido e

criticado, justamente por continuar a miscelânea de projetos sobre o cárcere, recebeu extensas alterações.

O contexto social de passagem da sociedade escravista para a consolidação de mercado de trabalho livre afeta diretamente a execução penal, mitigando a sua função neutralizadora e impulsionando a reparação do indivíduo, para que ele seja posto à figura de trabalhador novamente após (e durante) o cumprimento da pena. Ocorre que, nas palavras de Rodrigo Roig (2013, p. 99):

Os primórdios do republicanismo brasileiro foram marcados pela emergência de novas estruturas políticas e econômicas de poder e pelo estabelecimento de complexas relações sociais, tornando este período de transição particularmente conflituoso. A ordem escravista cede lugar à ascensão do modelo burguês, deixando, no entanto, inúmeras permanências. As estratégias de consolidação de um mercado livre, de alocação dos escravos e imigrantes e de promoção da industrialização e da urbanização passaram a depender fundamentalmente da vigilância e da admoestação de determinados segmentos sociais.

Nesse sentido, percebe-se crescer o autoritarismo e o obscurantismo na execução penal.

Até esse momento, não há um Código Penitenciário Brasileiro, que regule a execução penal de todo o país, motivo pelo qual cada unidade prisional possui seu próprio regulamento, comumente contrários entre si. Com o fim de unificação e autonomia científica do Direito Penitenciário (tripartição dos códigos em sede penal), foram realizados os primeiros projetos à Lei, que serviram de inspiração para a atual LEP, embora não tenham se transformado em diplomas legais propriamente ditos.

O primeiro deles, datado de 1933, foi elaborado pela 14ª Subcomissão Legislativa, composta por Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho, com influências da escola positiva e etiológica. O projeto estava em vias de ser aprovado, quando houve alteração na previsão constitucional sobre a competência de legislar sobre as normas fundamentais de regime penitenciário, bem como, em 1940, foi instituído novo Código Penal, que trouxe inovações incongruentes com tal projeto executório. A função de normatização, portanto, foi realizada pelo Código de Processo Penal, a partir do seu novo Livro IV, em 1941, que disciplinou acerca da execução penal e das medidas de segurança.

Em 1956, o Ministro da Justiça Nereu Ramos formou Comissão para a elaboração do código penitenciário nacional, sob coordenação do vice-presidente Oscar Stevenson, porém o anteprojeto nem sequer foi enviado ao Congresso Nacional. Em paralelo, foi promulgada a Lei nº 3.274, mais conhecida como Normas Gerais do Regime Penitenciário, de autoria do deputado Carvalho Neto.

Em 1963, mais uma vez o Ministro da Justiça provoca a criação do código, convidando Roberto Lyra ao projeto, que apresentou o anteprojeto mais técnico já realizado no Brasil, com importantes disposições sobre métodos de interpretação, limites ao poder administrativo discricionário, estabelecimento da jurisdicionalização da execução penal, dentre outros. Ocorre que, com a Ditadura Militar em 1964, o jurista pediu dispensa e o anteprojeto foi arquivado.

O último anteprojeto apresentado foi de autoria de Benjamin Moraes Filho, em 1970, que também não se logrou em Lei, tendo em vista as diversas alterações nas leis penais ocorridas, que resultou na sua incompatibilidade.

Com isso, também por intermédio do Ministro da Justiça, comissão composta pelos juristas Renê Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Rogério Lauria Tucci, Negi Calixto, Miguel Reale Júnior, Sergio Marcos Pitombo e Ricardo Antunes Andreucci apresentou o texto que, em 1984, se tornou a promulgada Lei nº 7.210, mais conhecida como Lei de Execução Penal.

Nos anos seguintes, promulgou-se a Constituição da República de 1988 que consagrou expressamente postulados penais e processuais penais, que são atualmente garantias fulcrais na execução da pena (Almeida, 2014, p. 35):

a individualização da pena (art. 5º, XLVI), a proibição de penas desumanas e cruéis (Art. 5º, XLVII), a distinção de estabelecimentos penais de acordo com a natureza dos delitos, idade e o sexo do condenado (art. 5º, XLVIII), a garantia de integridade física e moral dos presos (art. 5º, LIX), as garantias especiais para a mãe lactante presa (art. 5º, L), a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI), a comunicação da prisão (art. 5º, LXII), **os direitos do preso a calar-se** e a ter assistência jurídica e da família (art. 5º, LXIII). (g.n.).

Desse modo, a LEP, embora tenha oferecido notáveis progressos, é defasada constitucionalmente, legitimando uma série de práticas atentórias aos direitos humanos e impondo considerável desproporção da relação jurídica entre o homem e o Estado, o que reforça o vultoso discricionarismo administrativo da execução (pena quantitativamente flexível e qualitativamente diferenciada). No entendimento de Rodrigo Roig, tal discricionariedade é ainda mais despótica do que as penas arbitrárias pré-modernas, pois não é ato que se esgota no momento de sua decretação, mas que acompanha o sujeito privado de liberdade durante todo o curso da execução penal (2013, p. 138).

2.3 Dados estatísticos

Para fins de examinar a execução penal no Brasil, é fulcral o defronte com os dados estatísticos mais atuais da população prisional, pois eles *per si* traduzem o fenômeno carcerário no país.

De acordo com o 14º ciclo do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao primeiro semestre de 2023, a população prisional no mês de junho é equivalente a 839.672 indivíduos. Esse número posiciona o Brasil como o terceiro país que mais prende no mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

No âmbito das prisões estaduais, o mesmo levantamento demonstrou que 644.305 indivíduos estão presos em celas físicas. Desses, 336.340 cumprem pena no regime fechado, correspondente a 52,20%, 118.328 no regime semiaberto (18,36%), apenas 6.872 no regime aberto (1,06%) e 214 presos em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Importa destacar que há 9.712¹ presos no regime fechado com progressão de regime já deferida aguardando a sua transferência, isto é, cumprindo a pena em regime mais gravoso do que lhe é de direito.

Os valores apontados não representam apenas os réus que já tiveram sua sentença condenatória transitada em julgado, mas contemplam também os presos provisórios, que podem estar desde sofrendo as investigações policiais até aguardando o resultado de seus recursos. Do total das prisões estaduais, 180.167 são presos provisórios, o que equivale a 27,96%. Isto é, em média, 1 a cada 4 pessoas privadas de liberdade no Brasil não recebeu sequer a sua condenação transitada em julgado.

Destaca-se que, assim como há alta variação entre a densidade populacional dos estados brasileiros, o montante de sujeitos encarcerados também é bastante variado. O estado com maior população prisional do Brasil é São Paulo, com 197.387 sujeitos encarcerados (23,50%), seguido de Minas Gerais, com 70.595 (8,40%), e Rio de Janeiro, com 56.933 (6,78%).

Apresentados os números totais, importa destrinchar as características do grupo populacional aprisionado, informação importantíssima para a compreensão do fenômeno da criminalização terciária. Percebe-se a prevalência do gênero masculino dentre os sujeitos aprisionados, equivalendo a 616.930 (95,75%) dos presos em celas físicas no âmbito da justiça estadual, enquanto o gênero feminino corresponde a 27.375 (4,25%), com 185 gestantes e 100

¹ Esse número reflete a contabilização de apenas 603 estabelecimentos prisionais, havendo outros 781 presídios que não possuem o controle de tais dados.

lactantes. Destaca-se o fato de que, em 30 de junho de 2023, 102 filhos encontravam-se aprisionados junto com suas mães, com idade máxima de até 2 anos.

Acerca da faixa etária, é demonstrada predominância dos sujeitos dentre os 35 e 45 anos de idade, com 160.066 indivíduos (24,84%), seguida da faixa entre os 25 a 29 anos de idade, equivalente a 145.962 indivíduos (22,65%). O mesmo padrão permanece se analisado apenas um dos gêneros.

De basilar importância a análise do quesito racial dos cidadãos privados de liberdade, principalmente em um país que foi colônia e tem sua base econômica no sistema escravocrata. Constata-se que 397.427 são pessoas pretas ou pardas, o que corresponde a 65,72%, enquanto há 181.414 pessoas brancas (30%), 6.346 pessoas amarelas (1,04%), 1.226 indígenas (0,20%) e 18.245 sujeitos que não realizaram a sua autodeclaração.

Nesse contexto, merece destaque a análise de dados realizada pela Dra. Juliana Brandão e Amanda Lagreca (2023, p. 10):

O sistema prisional brasileiro escancara o racismo estrutural. Se entre 2005 e 2022 houve crescimento de 215% da população branca encarcerada, passando de 39,8% do total de presos brancos para 30,4% no ano mais recente, houve crescimento de 381,3% da população negra. Em 2005, 58,4% do total da população prisional era negra, **em 2022, esse percentual foi de 68,2%, o maior da série histórica disponível.** Em outras palavras, **o sistema penitenciário deixa evidente o racismo brasileiro de forma cada vez mais preponderante. A seletividade penal tem cor.** (g.n.).

Quanto ao grau de instrução (escolaridade), nota-se que 288.694 dos sujeitos encarcerados possuem fundamental incompleto, equivalendo-se ao notável 46,51%. Importa o informe de que 14.391 são analfabetos (2,31%), 23.299 são alfabetizados (3,75%), 70.319 apresentam fundamental completo (11,33%), 107.002 com ensino médio incompleto (17,24%), 77.295 com ensino médio completo (12,45%), 7.778 com superior incompleto (1,25%), 4.076 com superior completo (0,65%) e meros 196 acima de superior completo (0,03%). Para a compreensão desses dados, interessante a análise interseccional, principalmente, nesse caso, relacionado à classe social.

Sobre os tipos penais julgados praticados por aqueles que se encontram encarcerados, evidencia-se a quantidade de presos por crimes da Lei de Drogas: 210.246 (27,76%). A proporção, porém, é bastante diferente a partir de uma análise de gênero. Enquanto o gênero masculino contém 193.389 (26,70%) pessoas condenadas ou investigadas pelo crime de tráfico de drogas, associação para o tráfico ou tráfico internacional de drogas, o gênero feminino apresenta 16.857 (50,87%). Isso significa que mais da metade das mulheres encarceradas se dá

por apenas um tipo penal, evidenciando problemática social a qual, segundo Denise Carvalho e Maria Gorete Jesus (2012, p. 179), os criminólogos apresentam duas teses: (i) de que as mulheres se envolvem com a prática a partir de seus parceiros que, impedidos pelo cárcere, requerem que a mulher passe a ocupar essa função, traficando inclusive para dentro do presídio masculino; (ii) de que a mulher, pela dificuldade no acesso ao mercado de trabalho, vem buscando modalidades de economia informal. Nesse sentido a importância do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, com repercussão geral, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que discute a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

Ocorre que as vagas do sistema prisional ofertada no país não acompanham os números elencados acima, caracterizando o super encarceramento no Brasil. O SISDEPEN informa que, em 2023, a população privada de liberdade, excluídas as pessoas em prisão domiciliar, corresponde a 649.592, enquanto as vagas ofertadas são limitadas a 482.875, ocasionando um déficit na oferta de 166.717. Esses dados, porém, já foram piores: em 2015, o déficit na oferta de vagas atingiu o recorde de 327.417.

Dada a responsabilidade do Estado para com os sujeitos aprisionados em relação ao acesso à saúde de qualidade, é devida informação de que sistema prisional brasileiro apresentou 913 óbitos ao decorrer do primeiro semestre de 2023. Dentre eles, 665 foram ocasionados por motivos de saúde, 67 criminais, 89 suicídios, 5 acidentais e 87 com causa desconhecida.

3 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Inicialmente, cumpre comunicar não ser a discussão sobre a natureza jurídica da execução penal mera elucubração técnica *per se*. Embora as produções meramente teóricas tenham importância para o estudo e avanço da ciência jurídica, a presente discussão apresenta reflexos diretos em distintos institutos da execução penal, pois influi em seu arcabouço normativo regulador, princípios e mecanismos, além de alcançar o tema de separação dos poderes e suas funções.

A primeira e mais antiga natureza jurídica da execução penal desenvolvida é a administrativa. Adhemar Raymundo da Silva, seu doutrinador representante, defende que “cessada a atividade do Estado-jurisdição com a sentença final, começa a do Estado-administração com a execução penal”(2003, p. 166).

Nessa acepção, o caráter jurisdicional se encerra com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo a execução penal competência estrita da Administração Pública. Com esse entendimento, não seriam aplicáveis as normas do Código Penal ou do Código de Processo Penal, devendo as escolhas dos(as) diretores(as) dos presídios serem calcadas em princípios e normas da seara administrativa.

Desse modo, é justificada, e por consequência reforçada, a notória arbitrariedade da execução penal. Isso, pois o sujeito encarcerado é entendido enquanto objeto da execução, sendo as eventuais atenuações da quantidade ou qualidade da pena vislumbradas como “benefícios”, isto é, mera liberalidade estatal no exercício do *jus puniendi* (Prado, 2007, p. 2).

Tal posicionamento, porém, começa a perder força a partir da necessidade de intervenção judicial nos incidentes de execução, à exemplo do livramento condicional, que, repisa-se, foi instituído pelo Código Penal da República, em 1890. Por esse motivo, constata-se a atuação de dois Poderes estatais: o judiciário e o executivo. Conforme a jurista Ada Pellegrini Grinover, principal representante desse sistema, o cumprimento material da pena é da seara administrativa, enquanto a apreciação dos incidentes de execução é eminentemente jurisdicional (1987, p. 10). Com a crescente notoriedade dos incidentes, portanto, foi desenvolvida a teoria mista ou híbrida, que defende coexistir a natureza administrativa e jurisdicional da execução penal.

No entanto, Rodrigo Roig contraria esse entendimento ao defender que a existência de atividade administrativa não atrai a sua natureza jurídica (2022, p. 86):

Como se não bastasse, a existência de atividades de cunho administrativo no curso da execução da pena não desnatura sua natureza jurisdicional, assim como atividades de cunho administrativo não afastam a natureza jurisdicional do processo de conhecimento.

Nesse sentido, foi desenvolvida a teoria da natureza jurisdicional da execução penal, que é ampliada a partir da promulgação da Lei de Execuções Penais (LEP), em 1984. Essa corrente defende que a execução penal é eminentemente jurisdicional a partir da *longa manus* da jurisdição, que declara o direito ao proferir a sentença do processo de conhecimento e segue a fim do seu efetivo cumprimento (voluntário ou forçado), evitando, desse modo, a sua própria ineficácia.

Destaca-se a definição ofertada por José Joaquim Calmon de Passos (1957, p. 14-15):

Se, etimologicamente, **jurisdição** significa dizer o direito (juris e dictio), na realidade dos fatos o seu conteúdo é mais amplo, porquanto **não se limita ao conhecimento da causa e ao seu julgamento, incluindo também a execução do julgado**. Pela jurisdição o direito não é apenas declarado, ele é aplicado e aplicado autoritativamente.

Evitando dúvidas, o artigo 194 da LEP trata diretamente do assunto ao determinar que “o procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”. Além da jurisdição, a Lei trata ainda da competência em seu artigo 65, dispondo que “a execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”.

A partir desse entendimento, o juízo da execução atrai os ditames do direito penal e do direito processual penal, além, por óbvio, das previsões constitucionais, o que é expresso pelo art. 2º da LEP: “a jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”. Assim, não há arbitrariedade administrativa apta a justificar violações à Lei penal, devendo a pena ser executada nos estritos limites legais, sendo aplicável todos os princípios e proteções da fase de conhecimento na fase jurisdicional executiva penal, pois, diferentemente da aceção anterior, o sujeito encarcerado é titular de direitos públicos subjetivos em relação ao Estado.

Tal entendimento é pacificado a partir do item 10 da Exposição de Motivos da Lei nº 7.210/84, que reconhece a autonomia do Direito Penitenciário e frisa que “Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa”.

Compreende-se, portanto, que o Judiciário se vale da colaboração do Poder Executivo para o cumprimento especificamente da pena privativa de liberdade imposta (o que também pode vir a ocorrer no âmbito cível, com execução pacificamente jurisdicional), porém a jurisdição não é a ele transferida, ou, em termos constitucionais, delegada. Esse foi o argumento utilizado por muito tempo para a defesa da teoria administrativa e mista, porém que não se sustenta.

Embora não seja o tema do presente estudo, importa ressaltar as consequências diretas da definição da natureza da execução penal para temas atuais importantes, à modo de exemplo, a privatização do sistema prisional. Isso, pois, sendo função jurisdicional do Estado, a gestão dos presídios é função típica, essencial e indelegável do Estado, sendo impossível que se delegue tal função ao âmbito privado, o que está ocorrendo no Complexo Prisional de Erechin, Rio Grande do Sul, a partir do decreto da Presidência nº 11.498/2023.

Compreendida a importância da temática, é devida a apresentação do posicionamento de alguns dos juristas quanto à natureza da execução penal:

Tabela 1 - Posicionamento de juristas acerca da natureza jurídica da execução penal

Natureza Administrativa	Natureza Mista	Natureza Jurisdicional
Adhemar Raymundo da Silva	Ada Pellegrini Grinover; Haroldo Caetano da Silva; Guilherme Nucci.	Frederico Marques; Salo de Carvalho; José Eduardo Goulart; Maria Juliana M. de Araújo; Rodrigo Duque E. Roig; Luís Carlos Valois; Eugenio Raúl Zaffaroni.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES

O princípio é a tônica para o sentido de existência e aplicação da norma jurídica e, sendo assim, é hierarquicamente superior ao próprio texto normativo. O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello oferece interessante definição:

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 racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. **Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.** É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (2000, p. 747-748).

Nessa perspectiva, mais do que um elemento informador e interpretativo do sistema de normas jurídicas, os princípios apresentam o condão de concretamente tutelar direitos fundamentais das pessoas presas. Assim, caso uma norma ou ato administrativo se contraponha à norma substancial (princípios), tornar-se-á inválida, mesmo que apresente existência formal.

Nas palavras de Rodrigo Roig, “os princípios da execução penal são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas”, oferecendo o doutrinador duas premissas: (i) impossibilidade de um princípio da execução penal ser evocado para o fim de fundamentar restrição de direitos ou maior rigor punitivo, sendo necessariamente “escudos normativos de proteção do indivíduo”; (ii) interpretação *pro homine*, isto é, deve ser aplicada solução que proporciona maior ampliação do gozo e do exercício de direito, liberdade ou garantia, em consonância ao disposto no artigo 29, item b, da Convenção Americana de Direitos Humanos² e no artigo 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³ (2022, p. 23-24).

² “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

³ “Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de conceder qualquer direito a um Estado, grupo ou indivíduo para empreender actividades ou realizar actos que levem à violação de qualquer dos direitos e liberdades reconhecidas no Pacto ou à sua limitação em maior medida do que nele previsto. Não poderá admitir-se restrição ou prejuízo de nenhum dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes num Estado-Signatário em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou os reconhece em menor grau.”

A respeito da interpretação *pro homine* ou *pro persona*, interessa maior reflexão:

O princípio *pro-persona* consiste no estabelecimento do ser-humano no centro das discussões, buscando-se o afastamento do sujeito abstrato da modernidade jurídica, foca-se nas vítimas das mazelas de uma sociedade moderna, que muitas vezes se viram à margem do debate jurídico. No plano material, é o princípio *pro persona* que mobiliza o processo decisório (CONCI, 2023, p. 43).

Isso significa, portanto, que para a aplicação das normas jurídicas atuantes sobre a execução penal, deve-se considerar, centralmente, o apenado e as suas circunstâncias. Com suporte no contexto crítico do sujeito, ao invés da figura do “criminoso” amplamente reforçada pela mídia, ter-se-á melhores condições para solucionar os conflitos existentes, buscando o resguardo de seus direitos e garantias.

Conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, no entanto, há reiterado desrespeito às garantias constitucionais no âmbito do sistema prisional brasileiro. É válido breve parênteses para conceituar o ECI:

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma decisão por meio da qual o Tribunal Constitucional declara a ocorrência de violação maciça e reiterada de direitos fundamentais generalizados e estruturais sendo de tal magnitude que configura uma realidade contrária aos princípios fundadores da Constituição e, portanto, ordena a todas as instituições envolvidas que acabe com esse estado de anormalidade constitucional por meio de ações integrais, oportunas e eficazes. (NEGREIROS, 2021, p. 85).

Eis a decisão da liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), na forma da Lei nº 9.882/99, para que fosse declarado pelo STF a violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal pelo sistema penitenciário nacional:

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

prisão. (ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09/09/2015 – g.n.).

Franco Basaglia identifica a instituição carcerária como “instituição da violência”, assim como o faz para a instituição manicomial, escolar e familiar (BASAGLIA, 1985, p. 101). Justamente por esse motivo, a declaração de ECI deve servir como princípio para a interpretação e aplicação das leis relativas ao sistema penitenciário (Roig, 2022, p. 21).

Zaffaroni intensifica a crítica à realidade material passando a estampar o desconhecimento dos próprios operadores do Direito sobre o tema:

En la jurisprudencia y en la doctrina reina cierto grado de desconocimiento de la extensión de las garantías fundamentales en materia penal. Los autores latinoamericanos, en general, reconocen ampliamente el significado trascendente de los principios garantizadores del derecho penal, pero es frecuente observar una carencia de profundidad en la aplicación de los mismos a la tarea dogmática concreta (1986, p. 8).

Deve-se, portanto, apresentar as garantias aplicáveis à execução penal. Resgatando a sua natureza jurisdicional, a execução penal é norteada por princípios constantes na Constituição Federal, no Código de Processo Penal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal e nos Tratados e Convenções internacionais de matéria penal e direitos humanos.

Gustavo Badaró apresenta 10 princípios norteadores do Direito Processual Penal, dentre os quais: juiz independente e imparcial; juiz natural; contraditório e ampla defesa; igualdade de partes; estado de inocência; motivação; publicidade; duplo grau de jurisdição; processo no prazo razoável; devido processo legal (2019, p. 44-90).

Patrícia Vanzolini e Gustavo Junqueira, por sua vez, identificam 16 princípios constitucionais penais: exclusiva proteção a bens jurídicos; intervenção mínima ou *ultima ratio*; fragmentariedade; subsidiariedade ou necessidade; insignificância ou bagatela; ofensividade ou lesividade; alteridade ou transcendência; adequação social; culpabilidade; personalidade; humanidade das penas; intranscendência, personalidade ou pessoalidade da pena; individualização da pena; reinserção social; coisa julgada, ou vedação ao excesso em execução; legalidade (2017, p. 33-86).

Somado a isso, considerando a autonomia do direito executivo penal, Roig apresenta 12 princípios próprios dessa seara: humanidade; legalidade; não marginalização das pessoas presas ou internadas; individualização da pena; intervenção mínima; culpabilidade; lesividade; transcendência mínima; presunção de inocência; proporcionalidade; celeridade do processo de execução penal; *numerus clausus* (2022, p. 23-73).

Percebe-se que, embora os doutrinadores sejam de distintas áreas do direito criminal, alguns dos princípios são bastante similares, o que ocorre justamente por sua fundamentação legal ser coincidente, muitas vezes constitucional e convencional.

De fulcral importância a realização de investigações acadêmicas destrinchando o conceito, histórico, aplicação, fundamentação legal, dentre outros aspectos, dos princípios acima elencados. No presente estudo, porém, será analisado de forma pormenorizada os princípios convencionais.

4.1 Convenção Americana de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) entrou em vigor internacionalmente no dia 18 de julho de 1978 e, no Brasil, em 25 de setembro de 1992 por meio do Decreto nº 678/1992.

Acerca da força de tais disposições no Direito interno, o artigo 5º, §2º, da CF dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A partir disso, os tratados que tratam de direitos e garantias individuais são equiparados às normas constitucionais. Alguns poucos juristas, no entanto, indagavam a hierarquia de tais normas, defendendo a equiparação às leis ordinárias.

Incontestável, porém, a hierarquia de norma constitucional dos tratados e convenções internacionais a datar da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu §3º ao artigo 5º, da CF. O novo texto define que as normas internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados nas casas do Congresso Nacional em dois turnos e por três quintos dos votos de seus membros são equivalentes às emendas constitucionais.

Nessa orientação foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal, em 22 de novembro de 2006, decidindo que “tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal”.

Isto posto, a CADH apresenta natureza materialmente constitucional, embora suas normas não sejam formalmente constitucionais. Por consequência, qualquer norma infraconstitucional, anterior ou posterior à CADH, que com ela for conflitua será destituída

de eficácia jurídica, tendo em vista a incompatibilidade com norma de hierarquia superior. Nesse sentido, Gustavo Badaró: “em termos práticos, qualquer norma infraconstitucional que conflite com as garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos, anterior ou posterior à promulgação de tal tratado, não mais poderá ter aplicação” (2019, p. 44).

Dada a demonstrada importância de seus preceitos, interessa o conhecimento das garantias judiciais elencadas pelo artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;** e
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Em resumo, são colecionadas as garantias: assistência gratuita de tradutor ou intérprete; comunicação prévia da acusação; tempo e meios para defesa do acusado; direito à defesa livre e por defensor; direito de comunicação com seu defensor; direito de assistência por defensor

proporcionado pelo Estado; direito de inquirir testemunhas; direito de recurso; direito de não depor contra si ou se declarar culpado.

Para fins desse estudo, será analisado o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, no âmbito da realidade prisional brasileira. Para isso, deve-se atentar ao papel das cortes na hermenêutica das garantias convencionais, o que será tratado a seguir.

4.2 Constitucionalismo Multinível

Acerca da relação entre as normas de Tratados e Convenções internacionais e as normas jurídicas de Direito interno, é devida a apresentação do notório conceito de constitucionalismo multinível. Ao invés das tradicionais discussões sobre monismo e dualismo, calcada na teoria de hierarquia entre normas desenvolvida por Hans Kelsen, hodiernamente tem se desenvolvido a ideia de diálogo e contribuição entre cortes e códigos nacionais de diferentes países e entre cortes e códigos nacionais e internacionais. Nesse conceito, inclusive normas infralegais devem ser consideradas.

O pesquisador Luiz Guilherme A. Conci oferece interessante definição:

Reconhecendo-se um modelo heterárquico, temos elementos que nos levam a considerar outro modelo constitucional, e nesta linha, se pode encontrar aquilo que a doutrina chama **de Constitucionalismo Multinível, que nada mais é senão o redesenho institucional-constitucional em uma via de mão dupla que não se guia de cima para baixo** (2023, p. 30).

Esse conceito é proveitoso às garantias convencionais, pois o Brasil, conforme apresentado, internalizou tais dispositivos a título de normas constitucionais, porém não realiza o diálogo jurisprudencial com as cortes internacionais ou nacionais dos diferentes países que ratificaram o CADH. Assim, tendo em vista ser a hermenêutica processo crucial para a aplicação da norma, tem-se uma pluralidade de interpretação das garantias convencionais a depender da corte que a julga, sem haver um controle se o entendimento brasileiro sobre o prescrito é similar ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com fundamento nisso, André de Carvalho Ramos desenvolveu a teoria de “tratados internacionais nacionais”, que é justamente a norma resultado final da interpretação brasileira sobre um tratado internacional:

No Brasil, essa modalidade fez surgir uma nova espécie de norma: **os tratados internacionais nacionais**. O modo de criação dessa espécie tipicamente brasileira é o seguinte: **o Brasil ratifica tratados e reconhece a jurisdição de órgãos internacionais encarregados de interpretá-los; porém, subsequentemente, o Judiciário nacional continua a interpretar tais tratados nacionalmente, sem qualquer remissão ou lembrança da jurisprudência dos órgãos internacionais que os interpretam** (2012, p. 511).

Dessa forma, considerando a realidade prisional brasileira, que desrespeita reiteradamente tais garantias, entende-se como vantajoso o constitucionalismo multinível, pois, a partir dele, não somente os textos internacionais seriam fonte de análise de juristas e juízes, mas também a jurisprudência internacional e comparada.

Essa prática é igualmente proveitosa ao desenvolvimento dos direitos humanos, temática tão cara à população prisional. Conforme Anne-Marie Slaughter, em “matéria de direitos humanos (...) as experiências de uma nação ou região devem inspirar ou informar outras nações ou regiões” (2003, p. 199), isto é, esse diálogo jurisprudencial levaria a um aprofundamento das teorias e práticas, que muito impactariam no entendimento dos julgadores sobre a realidade *intra* e *extra* cárcere, bem como do papel dos direitos humanos nesse quadro.

5 O DIREITO AO SILÊNCIO

5.1 Conceito

O direito ao silêncio é decorrência direta do direito a não autoincriminação, protegido pelo artigo 8º, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (“direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”), que, conforme elucidado, foi ratificado pelo Brasil e tem vigência no direito doméstico a título de norma constitucional.

Essa não é a única proteção internacional ratificada pelo Brasil, no entanto. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, vigente no Brasil desde 1992, dispõe em seu artigo 14:

ARTIGO 14

(...)

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...)

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Tal garantia é também prevista no texto constitucional, em seu artigo 5º, LXIII, em disposição que demonstra a intenção do legislador de implicá-lo ao direito de invocar todos os instrumentos lícitos para o desempenho da autodefesa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Destaca-se, ainda, o artigo 186, do Código de Processo Penal, que igualmente contém dispositivo com vistas a proteger o direito a não autoincriminação:

Art. 186 Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, **o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.**

Parágrafo único. **O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.**

Há, ainda, a redação do artigo 198, do Código de Processo Penal: “Art. 198 O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. A parte final desse dispositivo já foi apreciada pelo Supremo Tribunal

Federal, oportunidade em que foi determinado que o silêncio do investigado, réu ou preso deve ser completamente desconsiderado para a decretação da sentença condenatória, não podendo ele ser valorado em seu desfavor (HC 224.117/SP, 5ª Turma, Rel. Laurita Vaz, 12.08.2014, v.u.).

Sendo assim, trata-se de direito com tamanha importância, que sua previsão está em Convenções internacionais, Constituição Federal de 1988 e Código de Processo Penal, isto é, garantido pela ordem convencional, constitucional e leis ordinárias, com maior abrangência se comparado a sistemas jurídicos europeus ou norte-americanos.

Tal direito individual de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur de ipso accusare* ou *nemo tenetur se ipsum prodere*), em si, desdobra de diversos modos: no direito a silenciar-se, a não colaborar com a investigação ou instrução criminal, a não prestar declarações contra si, a não confessar a prática de determinada conduta, a se abster de falar a verdade, a não apresentar elementos que possam prejudicar sua situação processual, a se recusar a entregar documento, a não produzir ou contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, incluindo o direito de não ceder seu corpo para produção de prova que possa acarretar autoincriminação.

Esse complexo de direitos está ligado diretamente ao processo histórico que culmina na alteração do acusado enquanto objeto de prova a um sujeito de direitos, fato esse que ainda deve ser reiteradamente lembrado pelos advogados de defesa.

Isso significa que nenhuma autoridade (administrativa ou judicial) pode obrigar um indivíduo a fornecer, sem que haja voluntariedade, qualquer tipo de informação, dado ou objeto de prova, bem como prestar declarações que possam incriminá-lo de modo direto ou indireto. Dessa forma, qualquer prova que demande uma ação do investigado, réu ou preso para ser obtida só terá validade se for produzida de modo voluntário e consciente.

Faz-se necessária uma breve discussão acerca de tal voluntariedade e consciência que excede o direito ao silêncio. Isto é, é possível aferir livre vontade de uma confissão em sede policial, judicial ou até mesmo em sede prisional, considerando o sistema de poder imposto? A realidade material, por si, implica na impossibilidade de voluntariedade nessa hierarquia por parte de sua pessoa mais afetada: o preso.

Vale ressaltar, portanto, que esse princípio pode ser invocado perante qualquer juízo ou autoridade pública, não se caracterizando crimes de falso testemunho, desobediência ou

desacato quando o indivíduo estiver no exercício desse privilégio (Queiroz, 2020, p. 47). Aprofundando a análise de Paulo Queiroz, a invocação desse direito convencional e constitucional também não pode trazer prejuízos ao sujeito em cumprimento de sua pena.

5.2 Histórico

O tema é amplamente relacionado ao instinto de autopreservação humano, motivo pelo qual é possível realizar análise jusnaturalista e filosófica, porém para fins desse estudo será estabelecida análise jurídica e social do tema, contemplando as evoluções legais, bem como as disputas políticas inerentes.

A gênese dessa garantia está no *Ius Commune* europeu, no qual os canonistas empregaram a máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* no manual processual medieval posteriormente compilado, determinando que ninguém poderia ser obrigado a testemunhar contra si próprio, devendo a confissão ser endereçada a Deus (Queijo, 2010, p. 83).

Entretanto, a partir do sistema inquisitório na Idade Média, característica do absolutismo monárquico e da Igreja católica, perde-se força a proteção aos acusados. Nesse momento, tem-se o juramento *ex officio*, conceituado pelo desconhecimento da acusação por parte do acusado e comprometimento a responder verdadeiramente tudo que lhe for perguntado, estando autorizada a tortura para obtenção da confissão e arrependimento. Algumas práticas características do período são a condução secreta de procedimentos, ausência de garantias mínimas para defesa, tortura e inexistência de defensor.

Ao Iluminismo, movimento intelectual que começou na Europa a partir do século XVII e ganhou força no século XVIII, sendo a França considerada o seu maior expoente, coube o papel de denunciar os abusos do absolutismo e da Igreja, iniciando-se o reconhecimento de garantias penais e processuais penais. A razão aparece como instrumento de mudanças sociais, políticas e econômicas.

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, foi uma das vozes incisivas a se levantarem contra os procedimentos inquisitórios, negando a extração da confissão do acusado por meio da tortura e do juramento *ex officio*, além de tratar de outros importantes temas como a proporção da pena em relação ao dano causado e tratar largamente da pena de morte. Defendeu que a tortura, método utilizado para se obter a confissão, apenas poderia beneficiar o culpado que, se resistisse, poderia ser declarado inocente, ao passo que o realmente inocente, resistindo, já teria

sofrido a tortura (2013, p. 20-21). A partir dessa perspectiva, calcada na presunção de inocência, o indivíduo deixa de ser objeto de prova e passa a ser sujeito de direitos.

Vale ressaltar que, antes de Beccaria, outros importantes precedentes existiram, como é o caso do magistrado inglês Dyer, presidente da *Court of Common Pleas*, que concedeu, em 1568, um *habeas corpus* a um cidadão que fora forçado a prestar juramento de forma a compeli-lo a se autoincriminar, justificando sua decisão com a máxima *nemo tenetur se ipsum prodere*.

O desenvolvimento desse direito se deu através do direito anglo-americano, que transmutou a máxima para *privilege against self incrimination*. Alguns estados dos Estados Unidos já o mencionavam em suas constituições antes da Declaração de Independência, à exemplo de Virgínia (1776), Carolina do Norte (1776), Massachusetts (1780) e New Hampshire (1784), que serviram de inspiração para a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que consagra o direito de não autoincriminação, ratificado pela Suprema Corte em 1965 (Tavares e Maradei, 2023, p. 173).

No Brasil, a Constituição de 1891 previu, ainda que genericamente, direitos ao indivíduo, nada tratando, porém, sobre o direito ao silêncio e a não autoincriminação, mas, sim, sobre as consequências de o acusado optar por esse caminho, ou seja, interpretação desse movimento em seu desfavor. A Constituição de 1934 trouxe em seu corpo a garantia de ampla defesa ao acusado. Em 1941, com o advento do Código de Processo Penal, o direito ao silêncio passa a ser explicitamente previsto. Posteriormente, em 1969, o Código de Processo Penal Militar também trouxe previsões nesse sentido. Tais disposições, como relatado, foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXII (Tavares e Maradei, 2023, p. 173).

O Código de Processo Penal, em seu artigo 186, previa que o juiz informará ao réu que, mesmo que não obrigado a responder as perguntas, seu silêncio poderá ser interpretado em seu prejuízo. Com o advento da Lei nº 10.792/2003, atual redação, esse artigo passou a obrigar o magistrado a informar o réu do direito de permanecer calado, o que não importará em confissão e não poderá ser interpretado em seu prejuízo.

Esclareça-se que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 a parte final do artigo 198 do Código de Processo Penal, prevendo que o silêncio do acusado, ainda que não importe em confissão, teria o condão de constituir elemento para que o juiz forme seu convencimento. Isso, pois tais previsões conflitam expressamente com a garantia *nemo tenetur se detegere* e, por esse motivo, devem ser destituídas de validade jurídica. Também não foram

recepcionados pela Lei Maior brasileira em vigor os artigos 305 e 308, ambos do Código de Processo Penal Militar, pelos mesmos motivos:

Art. 305 Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

(...)

Art. 308 O silêncio do acusado não importará em confissão, **mas poderá constituir elemento para formação do convencimento do juiz.**

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) não ofereceram qualquer previsão ao direito de não autoincriminação. O primeiro documento internacional a declarar expressamente esse direito, considerando-o uma garantia fundamental, foi o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

Em seguida, em 22 de novembro de 1969, foi assinada a Convenção Americana de Direitos Humanos durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, no âmbito da organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica.

5.3 Problemáticas do direito ao silêncio na execução penal

Dada a natureza jurisdicional da execução penal, todas as garantias convencionais e constitucionais apresentadas são aplicáveis não apenas à fase investigativa e de cognição, mas também à fase de execução penal.

Especificamente acerca do direito ao silêncio, decorrente da garantia da não autoincriminação, vê-se sua completa ausência de previsão na Lei de Execução Penal. Para além, são diversas as práticas, previstas em lei, que colidem rotineiramente com essa proteção.

Inicialmente, pode-se ressaltar o papel de silenciamento do sujeito privado de liberdade realizado no cárcere à época Imperial, com legislações e regimes internos que, visando suposta meditação e arrependimento, determinavam seu isolamento e impossibilidade de comunicação.

Atualmente, o Regime Disciplinar Diferenciado, disposto no artigo 52 da LEP, é o instituto mais próximo dessa antiga tradição, sujeitando o apenado à cela individual, com limitações ao direito de visita e à saída da cela. Nesse contexto, que pode ser determinado a

título de medida cautelar ou de sanção disciplinar, a voz do encarcerado é mutada, bem como diversos de seus direitos.

Outro notável exemplo de silenciamento é a dificuldade em reportar abusos e ilegalidades por parte de agentes penitenciários, funcionários ou autoridades do sistema prisional em que está inserido. Nas palavras de Salo de Carvalho:

As reivindicações do preso e da massa carcerária, não esporadicamente, são desprezadas pelas autoridades administrativas e judiciárias sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, representada neste universo pelos signos da disciplina e da segurança (2003, p. 155).

No sentido contrário, há momentos em que a voz do apenado ganha importância demasiada, inclusive servindo para impossibilitar o acesso a seus próprios direitos. Esse é o exemplo do exame criminológico, que consiste principalmente na entrevista realizada por assistente social e psicólogo em que, a depender das respostas do preso, será concedido o que lhe é de direito, ou não.

Tal procedimento, teoricamente dispensável, é corriqueiramente utilizado para a apreciação de pedidos de progressão de regime, livramento condicional, dentre outros. Adiante será analisado o impacto dessa prática no instituto da revisão criminal.

Dessa forma, percebe-se que a voz, no âmbito carcerário, é posta de modo bastante dúbio na relação entre a pessoa privada de liberdade e o Estado, ganhando contornos de importância quando há possibilidade de restringir seus direitos e sendo calado no momento de pleiteá-los.

5.3.1 Coleta de material genético

Perpassando a questão imaterial da voz, há infringências à garantia tema do estudo também no aspecto físico do apenado, quanto a produção de provas contra si.

Todos os cidadãos se submetem à identificação civil na forma do que dispõe a Lei nº 12.037/2009, que trata dos meios de identificação ordinariamente conhecidos, à exemplo da carteira de identidade, passaporte, dentre outros. Frisa-se que a identificação realizada através da carteira de identidade deve conter coleta da impressão digital do polegar direito, nos termos dos artigos 3º, “f”, e 8, ambos da Lei nº 7.116/83.

Tratando-se, porém, de identificação criminal a ser utilizada em investigação criminal, estar-se-á diante de uma forma extraordinária de identificação, uma vez que os meios comuns podem se tornar inviáveis ou, ainda, podem pairar dúvidas quanto à real identidade do indivíduo. Prevalece, de toda forma, a identificação civil, por força do artigo 5º, inciso LVIII, da CF.

Eliana Vendramini apresenta demais situações excepcionais de identificação criminal, são elas:

Outras situações excepcionais, ligadas ao documento apresentado pelo indiciado, que demandam a identificação criminal são: a presença de rasura ou indício de falsificação; a má qualidade de conservação ou local ou longo tempo de expedição que não permitam a conferência de dados essenciais; o porte de documentos com identidades distintas e o registro anterior de uso de nomes ou qualificações diversas (art. 3º, inc. I, III, V e VI) (Carneiro, 2020, p. 152).

A Lei nº 12.654/2012 trata da coleta de material genético, sendo essa uma forma excepcional de identificação criminal, que assim como a datiloscópica e fotográfica, somente se admite dada imprescindibilidade para instrução criminal e mediante decisão judicial fundamentada. Essa coleta de material genético, importante mencionar, deve ocorrer durante a fase de inquérito policial ou durante o processo penal a requerimento da acusação ou mesmo da defesa.

Tal medida atinge a execução penal, pois os condenados por crimes dolosos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa e por crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) serão obrigatoriamente submetidos à identificação do perfil genético, mediante extração de ácido desoxirribonucleico (DNA), valendo-se de técnica adequada e indolor. A identificação obtida ficará armazenada em banco de dados sigiloso, e só poderá ser acessada após autorização judicial pela autoridade policial e para fins de investigação.

Essa disposição foi alvo de veto do Presidente da República, que entendeu se tratar de propositura legislativa que geraria insegurança jurídica, na medida que o princípio de não produzir prova contra si mesmo não é absoluto, como nos casos em que se demanda apenas uma cooperação passiva do investigado. Ainda, o chefe do Executivo federal ponderou que o dispositivo contrariava o sistema jurídico nacional ao criminalizar condutas legítimas, como a identificação criminal por datiloscopia, biometria e submissão obrigatória de perfil genético de condenados, citando a Lei nº 12.037/2009. Todavia, o veto não foi mantido no Congresso Nacional, entendendo o legislador ser essa conduta passível de ingerência do Direito Penal.

Defender como possível a extração forçada de material genético, produzindo prova contra o indivíduo, que, nas palavras de Eliana Vendramini, “não raro vemos ocorrer essa força bruta, que deveria enojar a sociedade, tanto quanto a enoja a prática de crime grave contra a pessoa” (2020, p. 154) parece contrariar a garantia convencional e constitucional à não autoincriminação. Inclusive, tal ato pode ser entendido como criminoso e tipificado na Lei nº 13.869/2019:

Artigo 13 Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

(...)

III – produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro.

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

A partir do sopesamento entre necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da coleta forçada de material genético, identifica-se colisão que afeta de sobremaneira os princípios da primeira dimensão, sendo irrazoável a redução do núcleo rígido dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva e com vistas a concluir:

Exatamente por isso, convidamos o leitor a refletir: constitucionalmente, se o flagelo do corpo humano é proibido como pena (fim), como poderia ser instituído na colheita de provas (meio)? Novamente, a clareza constitucional ao vedar penas cruéis, desumanas e capitais, reforça-nos que não. Não à toa, que cortes constitucionais como a europeia sequer admitem essa hipótese para a formação de um banco genético (Carneiro, 2020, p. 168).

6 DIREITOS DA EXECUÇÃO PENAL

O Brasil adota o sistema de execução penal progressivo, no qual a pena privativa de liberdade imposta é flexibilizada a partir de gradações da restrição de liberdade, de antecipações no seu cumprimento ou de saídas temporárias (Boavida, 2018, p. 14).

Tal funcionamento é uma “construção político-criminal de gestão da execução penal” (Cacicedo, 2023, p. 9). Por um lado, corresponde ao princípio da individualização da pena e reduz o sofrimento do ambiente carcerário, enquanto, por outro, conduz a ordem e disciplina nas prisões. Isso, pois a partir da existência de institutos que atenuam a rigidez da prisão com base, teoricamente, no “mérito” do apenado, tem-se o controle da ordem, no mesmo viés das instituições totalitárias expostas por Michel Foucault em “vigiar e punir”.

Patrick Cacicedo, um dos poucos doutrinadores a desenvolver olhar crítico perante o sistema progressivo, normalmente analisado sob viés correcionalista, desenvolve:

(...) o comportamento da pessoa presa de acordo com as expectativas da administração prisional pode lhe conferir direitos que minimizem os efeitos da prisão. A obediência e a colaboração com a ordem prisional conferem um prêmio para a pessoa presa, que passa a usufruir de uma restrição menor em sua esfera de liberdade. Em regra, o exercício desses direitos se concretiza com o transcurso do tempo combinado com o comportamento adequado (2023, p. 9).

Adiante, serão apresentados os institutos de tal sistema de execução progressivo, especificamente a progressão de regime e o livramento condicional, por se relacionar estritamente com o direito ao silêncio na aferição dos requisitos subjetivos.

6.1 Benefícios ou direitos?

A utilização do sistema progressivo da execução penal como forma de gestão dos presídios brasileiros cria uma relação de recompensa dada pelo Estado aos apenados, a depender de seus comportamentos, comumente denominado “mérito”. Tais recompensas são os institutos responsáveis por dirimir a quantidade da pena, ou dirimir o seu rigor. Nesse sentido, cria-se uma ideia de possível (e, nessa concepção ilegal, legítima) arbitrariedade da administração prisional, que concederia “benefícios”, como um presente:

O termo benefício remete à ideia de uma benesse, vantagem ou privilégio que se concede a alguém por um ato de bondade ou clemência. Tal concepção é fruto de uma visão autoritária que ignora a natureza penal das normas que regem a fase executória e seu consequente papel de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo

estatal. [...] devem ser interpretados como limites impostos à execução da pena, verdadeiros direitos da pessoa em face do Estado. (Cacicedo, 2023, p. 9-10).

Ademais, deve-se rememorar a natureza jurídica da execução penal. Conforme apresentado, a execução penal dispôs inicialmente de natureza administrativa, calcada na arbitrariedade das autoridades públicas para com a população prisional, fase essa já superada. Atualmente, embora haja alguns poucos doutrinadores que não acompanharam o avanço da legislação, a execução penal pacificamente apresenta natureza jurisdicional, atrelando-a a determinações legais do complexo penal (tratados e convenções internacionais, CF, CP, CPP, LEP e demais leis ordinárias).

Assim, o termo “benefício” é entendido como resquício da obsoleta teoria da natureza jurídica administrativa. Isso, pois ao compreender a fase executiva penal como jurisdicional, é evidente o teor vinculativo e cogente das normas, não autonomia da vontade da administração pública para além da determinada em Lei.

Desse modo, os institutos são direitos públicos subjetivos do apenado em face do Estado, sempre que preenchidos os requisitos postos em Lei, que o vincula e se torna cogente. Está superado, portanto, o termo meritocrático de “benefícios da execução penal”.

6.2 Progressão de Regime

Por força do artigo 112 da LEP, a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz. Dado ser direito público subjetivo, é exigível ao Estado sempre que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para a sua concessão.

Acerca dos requisitos, Patrick Cacicedo resgata o princípio da legalidade penal e desenvolve aplicações, impedindo a justificativa à existência de requisitos ilegais criados pelo judiciário, que infelizmente são bastante utilizados:

Nesse sentido, **a análise dos requisitos legais para os direitos do sistema progressivo deve ser permeada pelo princípio da legalidade penal e seus consectários**: a) **proibição de retroatividade da lei penal**, como no caso de lei nova que agrave os requisitos de um direito (ex. aumento de lapso temporal); b) **proibição de criar requisitos pelo costume**, devendo ser observados estritamente aqueles previstos em lei (ex. exigência de exame criminológico para progressão de regime); c) **proibição do emprego de analogia para criar requisitos ou fundamentar a negativa dos direitos** (ex. interrupção do lapso temporal para livramento condicional pela prática de falta grave); d) **proibição de requisitos vagos e indeterminados** (ex. “fundados indícios de que irá ajustar-se” ao regime aberto). Da mesma forma, a

interpretação dos referidos requisitos deve se dar sempre em prol da liberdade do sujeito que cumpre pena (Cacicedo, 2023, p. 10).

O sistema progressivo de regime é cabível aos presos com sentença condenatória transitada em julgado, aos presos provisórios, bem como aos presos militares (esse o posicionamento do STF, embora não haja previsão específica na legislação penal militar). Isto é, é aplicável nos presídios, centros de detenção provisória e estabelecimentos penais militares, respectivamente.

Aos presos provisórios, destaca-se a Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

É possível também, por força do artigo 118 da LEP, a regressão de regime de cumprimento de pena, nos casos de prática de fato definido como crime doloso ou falta grave e, alternativamente, no caso de sofrer condenação por crime anterior, cuja pena somada ao restante da execução torne inviável o regime (requisito objetivo).

Comumente, é requerida pelo preso, porém pode ser a progressão de regime decretada de ofício, a partir do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos.

6.2.1 Requisitos objetivos

A Lei de Execução Penal passou por recentes e profundas alterações por meio da Lei nº 13.964/2019, principalmente no que tange a progressão de regime prisional, cuja natureza materialmente penal faz incidir o princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa e a retroatividade da norma penal mais benéfica.

Eis o termo do artigo 112, da LEP, que apresenta os requisitos objetivos, referentes ao lapso temporal de cumprimento de pena:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

- III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
- VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
 - a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
 - b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
 - c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
- VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
- VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Rodrigo Roig sugere importante alteração no texto do dispositivo ao defender que a expressão “ao menos” deveria ser substituída por “no máximo”, de modo a evitar o fenômeno da indeterminação da pena, promover a segurança jurídica, dificultar a inversão do ônus da prova (compete ao Estado o ônus da prova de elementos impeditivos do direito, ao invés do apenado comprovar os requisitos necessários para a concessão), bem como contribui para a celeridade processual (ROIG, 2022, p. 267). Esse último se justifica pela lentidão no trâmite dos feitos da execução penal e, caso o defensor pudesse requerer a progressão anteriormente ao atingimento do lapso temporal, condicionado a bom comportamento até a data efetiva da progressão, haveria a consequência positiva dos presos não ficarem em regime mais gravoso na espera de apreciação do seu pedido, o que contribui bastante ao super encarceramento atual.

No caso específico de mulher gestante, mãe, ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, o requisito objetivo se difere, estando disposto no artigo 112, §3º, da LEP:

- § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
- I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
 - II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
 - III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
 - (...)
 - V - não ter integrado organização criminosa.

Em regra, o lapso temporal tem como data-base o início de cumprimento da pena, porém há ocorrências que alteram esse termo inicial. Uma delas é a prática de falta disciplinar de natureza grave (devidamente apurada pelo juízo de execução), que interrompe o prazo e reinicia a contagem a partir de sua prática, desconsiderando o período anterior, nos termos do artigo 112, §6º, da LEP.

Há hipótese prevista legalmente para a concessão da progressão de regime, na ausência do requisito objetivo. Nos termos do artigo 4, §5º, da Lei nº 12.850/2013, caso o apenado tenha colaborado com a investigação e o processo criminal, em momento posterior à sentença que o condenou, sua pena poderá ser reduzida até a metade, ou será admitida a progressão de regime na ausência dos requisitos objetivos.

6.2.2 Requisitos subjetivos

Inicialmente, cumpre apresentar crítica aos requisitos subjetivos para a concessão de direitos da execução penal, que contribuem demasiadamente para a insegurança jurídica, imprevisibilidade da pena, teoria correcional, dentre outros:

(...) em um sistema que prime pela absoluta segurança jurídica, que rechace a flexibilidade (negativa) da pena e que não se curve perante os discursos disciplinar (faltas) e criminológico (exames criminológicos), a avaliação judicial dos direitos deveria se basear em elementos estritamente objetivos (fração de cumprimento de pena), restando a análise dos requisitos subjetivos apenas para efeito dos direitos domésticos do apenado (Roig, 2023, p. 278-279).

Nos termos do artigo 112, §1º, da LEP, o apenado terá direito à progressão de regime caso ostente boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento por meio de atestado ou certidão de conduta carcerária. Tal documento, no estado de São Paulo, classifica os comportamentos por “bom”, “regular” e “ruim”. Ocorre que não se faz necessário que conste “bom” na certidão, apenas que não conste “ruim”:

(...) uma conduta ‘regular’ é uma conduta que se adequa ao padrão carcerário, não ficando nem além, nem aquém da média. Tolher a liberdade do apenado com esse fundamento implica obrigar todos os encarcerados a superarem padrões de normalidade num ambiente que, notoriamente, não é propício para isso. Essa argumentação, em suma, atenta contra o *nullum crimen, nulla poena sine lege necessariae*, em razão da ofensa ao princípio da culpabilidade (Schmidt, 2002, p. 105).

Quanto aos requisitos subjetivos para a progressão de regime especial, nos termos do artigo 112, §3º, IV, LEP, é exigida a primariedade e o bom comportamento carcerário, comprovado nos mesmos moldes.

O cometimento de falta disciplinar também influi diretamente nos requisitos subjetivos para a progressão de regime, justamente por atingir o *status* da conduta carcerária do preso. À luz do §7º, do art. 112, da LEP, é necessário que nos últimos 12 meses ao pleito de progressão de regime não haja registro de falta disciplinar de natureza grave (falta médias e leves não interferem), tendo em vista esse ser o período para retratação.

Ademais, a fim de aferir o requisito subjetivo, o Juízo da Execução pode determinar a realização de exame criminológico. Atualmente, trata-se de exame não obrigatório para se analisar o requisito subjetivo, dada a alteração textual oferecida pela Lei nº 10.792/2003, que só poderá ser realizado se determinado pelo judiciário em decisão devidamente fundamentada (Súmula nº 439, STJ). Ocorre que é bastante discutida a validade e funcionamento do exame, além do atraso que causa ao apenado que busca sua progressão de regime (por meses, ou ano). Tais problemáticas serão discutidas em capítulo oportuno.

6.3 Livramento Condicional

O Livramento Condicional é o instituto previsto na legislação pátria desde o Código Criminal de 1890, em seus artigos 50 a 52. Atualmente, é disciplinado pelo artigo 83, do Código Penal, e artigos 112, §2º, e 131, ambos da Lei de Execução Penal:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado:

a) bom comportamento durante a execução da pena;

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;

c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Art. 131. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.

Trata-se de direito público subjetivo que consiste na antecipação da liberdade, mediante condições estabelecidas pelo Juízo da Execução, em período anterior ao término da pena

privativa de liberdade. Justamente por seu caráter vinculativo, assim como ocorre com a progressão de regime, pode ser concedido de ofício, porém não pode ser denegado de ofício, dada a necessidade da ampla defesa ao preso ser assegurada.

Mesmo que já determinada a concessão do livramento condicional pelo juízo, considera-se aperfeiçoado apenas quando realizada a cerimônia prevista no artigo 137, da LEP, na qual é lida a decisão ao condenado, explicitadas as condições estabelecidas e registrado o seu aceite por parte do preso.

Quanto aos presos provisórios, embora o artigo 66, III, alínea e, da LEP, defina ser competência do Juízo da Execução a decisão sobre o livramento condicional, não é admissível que fiquem sem apreciação até o momento de emissão da guia de recolhimento. Assim, é objeto de concessão pelo juízo do processo de cognição, utilizando-se da pena em perspectiva ou da pena em concreto, a depender se já tiver sido proferida a sentença condenatória. Essa a recomendação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária no artigo 1º da Resolução nº 12, de 2009: “Recomendar que os direitos previstos na Lei de Execução Penal sejam reconhecidos antecipadamente ao preso provisório, a qualquer tempo, pelo Juízo em que se encontra o feito”.

Um dos argumentos bastante evocados pelo Ministério Públicos ao requerer o indeferimento do Livramento Condicional é a proibição de progressão *per saltum*, isto é, a proibição de que um apenado que esteja cumprindo pena no regime mais gravoso (fechado) passe a cumpri-la no regime menos gravoso (aberto), sem passar pelo regime intermediário (semiaberto). Não procede tal argumento, no entanto, por simples ausência de previsão legal nesse sentido.

6.3.1 Requisitos objetivos

Há dois lapsos temporais distintos para a concessão do livramento condicional, a depender do histórico criminal do sujeito privado de liberdade: aos presos primários pela prática de delitos não hediondos, exige-se o cumprimento de mais de um terço da pena, nos termos do artigo 83, I, do CP; aos presos reincidentes em crime doloso, por sua vez, exige-se o cumprimento de mais da metade da pena, nos termos do art. 83, II, do CP.

O réu primário com “maus antecedentes”, no entanto, não tem precisão específica quanto ao seu lapso temporal. Desse modo, entende-se que ele tem direito ao livramento condicional com o cumprimento de um terço da pena. Isso, pois, por princípio da legalidade, não se pode aplicar a fração mais gravosa prevista especificamente ao reincidente em crime doloso.

Há previsão de impedimento ao livramento condicional, caso o apenado tenha sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, nos termos do art. 112, VI, a, e VIII, da LEP. Ocorre que a legislação infraconstitucional não pode ampliar a gama de restrições impostas aos crimes hediondos e equiparados por força do artigo 5º, XLIII, da CF, que determina a inafiançabilidade e suscetibilidade de graça e anistia. Percebe-se que o texto constitucional não limita a possibilidade de livramento condicional para esses crimes.

Acerca de tal vedação, Rodrigo Roig discorre acerca do direito atuarial como fundamento:

(...) a impossibilidade de livramento se funda na suposição de que os reincidentes por delitos hediondos ou equiparados e os condenados (primário ou reincidente) pela prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte ostentam maior periculosidade (inclusive quando comparados com os reincidentes por crime não hediondos ou equiparados), periculosidade essa carente de suporte empírico e típica de regimes penais de autor, que a um só tempo rechaçam os princípios da culpabilidade (pelo ato) e igualdade, e consagram o direito penal do inimigo.

A vedação absoluta do livramento condicional atenta ainda contra o princípio da humanidade, uma vez que, partindo do discriminatório pressuposto da incorrigibilidade de certos indivíduos, consagra o ideário preventivo especial negativo da neutralização. Nesse contexto, a impossibilidade de livramento adquire contornos de perpetuidade na vida carcerária do condenado, convertendo o tempo de prisão em uma espécie de “morte civil” do preso (2022, p. 343).

Assim, entende-se que a vedação ao livramento condicional fere frontalmente os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, uma vez que impõe tratamento rigoroso àqueles sentenciados com penas inferiores, ao passo que dispensa tratamento mais benéfico para sujeitos condenados a penas mais expressivas.

6.3.2 Requisitos subjetivos

À luz do artigo 83, III, do CP, os requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional são o bom comportamento durante a execução da pena, não cometimento de falta

grave nos últimos doze meses anteriores ao pleito, bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído (se o caso) e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

O termo “bom comportamento durante a execução da pena” é bastante discutível, dado ser violação direta ao direito ao esquecimento em sede de execução penal, permitindo que faltas disciplinares contaminem todo o cumprimento de pena, com efeitos perpétuos (nos limites temporais da execução penal). A posição jurisprudencial, no entanto, é contrária, defendendo que falta disciplinar reabilitada não pode ser utilizada para afastar o mérito do apenado ao livramento condicional.

Outra problemática é o requisito de bom desempenho no trabalho atribuído, justamente pelo seu caráter irracional que proporciona ampla discricionariedade. Afinal, com qual base legal alguém poderia ser impedido de ter acesso aos seus direitos por mau desempenho laboral? Aprofundando, é indevido o requisito de aptidão para subsistência mediante trabalho honesto, pois desconsidera toda a problemática carcerária de acesso ao trabalho, dada a seletividade penal e a estigmatização que, em muito, dificulta a sua contratação. Mais uma vez, seria o apenado impedido de gozar de seus direitos (se considerado o sistema de benefícios, estaria ele sendo penalizado) pelo desemprego, o que se agrava caso seja considerada a situação econômica do país nos últimos anos. Ao invés de lesionar direito do apenado com receio da reincidência por necessidade econômica, deveriam ser desenvolvidas políticas públicas de amparo ao egresso.

Quanto a pessoa condenada por prática de crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento condicional se subordina à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não retornará a delinquir, nos termos do artigo 83, parágrafo único, do CP.

Nesse caso, há clara inversão do ônus da prova em desfavor do sujeito encarcerado, que tem que provar a ter condições pessoais que demonstrem que não voltará a delinquir, ao invés do Estado comprovar elemento impeditivo. Para além, é estritamente relacionado a fundamentos morais abstratos e ao exercício de futurologia, procedimento esse completamente alheio aos ditames científicos.

Para aferição desse último requisito pelo Juízo da Execução, pode-se solicitar também a realização do exame criminológica, ferramenta essa discutida adiante.

7. O EXAME CRIMINOLÓGICO

7.1 Conceito

O exame criminológico, em termos práticos, é ferramenta para o Juízo da Execução aferir justamente os requisitos subjetivos dos direitos dos apenados, no caso da progressão de regime e do livramento condicional.

Diz-se “em termos práticos”, pois a teoria prevê a realização de exame de classificação inicial, que seria responsável por estudar o social e psíquico do preso quando da entrada no sistema prisional, para posteriormente ser baliza de comparação com o exame criminológico. Tal parâmetro, porém, não é realizado, em regra.

Previsto no artigo 8º, da Lei de Execução Penal, o exame criminológico está intimamente relacionado ao princípio da individualização da pena, porém com balizas científicas criminológicas que remontam ao século passado.

Nas palavras de Alvin August de Sá, psicólogo e pesquisador atuante por muitos anos no âmbito carcerário:

A concepção causalista é a que predominava na criminologia clínica tradicional. Nas práticas penitenciárias, ao menos no sistema penitenciário paulista, ela definia uma metodologia de trabalho baseada estritamente no modelo médico-psicológico. Até fins da década de 1970, enfatizavam-se e valorizavam-se os exames médico-psiquiátricos, recorrendo-se inclusive ao eletroencefalograma, e, a seguir, ao exame psicológico, com a utilização de provas de personalidade. Para um enriquecimento dos dados relativos história de vida do condenado, recorria-se ao estudo social. Tudo isso era feito independentemente do tipo de crime praticado. Evidentemente, quando se tratava de crimes de natureza expressivamente mais grave, os exames eram mais aprofundados. Em decorrência dessa metodologia baseada no modelo estritamente médico-psicológico, ao diagnóstico (no caso, criminológico) seguia-se naturalmente um prognóstico. Prognóstico, isto é, uma conclusão sobre as probabilidades de “recuperação” do condenado ou de desdobramentos futuros de sua conduta criminosa. E a concepção que se tinha da chamada “recuperação” do preso **vinculava-se diretamente à ideia de tratamento** (2015, p. 154).

O mesmo *codex* consagra em seu artigo 1º a ideia da pena enquanto tratamento ao condenado, normatizando a “periculosidade do agente” ao consagrar como finalidade a ressocialização do condenado.

Nesse sentido, percebe-se que o apenado não mais está na posição de sujeito de direitos, conforme construído pela evolução da legislação e teorias a respeito da execução penal. Para fins do exame criminológico, ele permanece na posição de objeto da execução, sendo tratado e ressocializado posteriormente. O exame criminológico, portanto, seria uma espécie de

contatação do grau de tratamento do apenado, verificando se já está apto a retornar ao convívio em sociedade, ou se é necessário maior período na “terapêutica penal”.

A expressão “terapêutica penal”, embora seja evidentemente infeliz, é bastante utilizada pelos promotores e juízes em sede executiva, o que também demonstra o quão arcaica é a visão acerca do que é a realidade carcerária no Brasil e a finalidade da pena. Afinal, como já apresentado, o Brasil teve o Estado de Coisas Inconstitucional de seu sistema prisional reconhecido pelo Corte máxima do país, o que invalida, mesmo se adotada a criminologia clínica, qualquer terapia penal.

Nesse sentido, Rodrigo Roig:

Assim, o preso é reduzido a verdadeiro objeto nas mãos das autoridades técnicas e judiciais, que continuam a decidir o seu futuro a partir de exames criminológicos “científicos” de cessação de periculosidade e de possibilidade de reinserção social, legítimos instrumentos lombrosianos baseados em meros juízos de probabilidade, que se protegem sob o manto ideológico de uma pretensa “humanização” do sistema penal. O tratamento e a perícia, desse modo, funcionam efetivamente como estratégias de controle social, refletindo a própria pena e os desígnios que a mesma se propõe a atingir. Prova cabal da falência deste modelo de tratamento reside na dura realidade da reincidência da maioria dos apenados anteriormente contemplados com o benefício de Livramento Condicional. Estes mesmos apenados foram tidos, pelos especialistas em prognose criminal, como plenamente ressocializados e aptos ao retorno ao convívio social (2013, p. 141).

Pontua-se que o exame, já obrigatório anteriormente, a partir da Lei nº 10.792/2003 é facultado ao Juízo da Execução sob decisão fundamentada. Esse entendimento está disposto na Súmula nº 439 do Superior Tribunal de Justiça (“admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”), bem como a Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal.

Tal fundamentação necessária à requisição ou à complementação não pode se valer da gravidade abstrata do crime praticado, na longa pena a cumprir, na alusão à prática de falta disciplinar antiga ou sem indicação de data, ou em alegações genéricas do cabimento do exame criminológico (STJ, HC 509389/SP, 5ª Turma, j. 18-6-2019).

O exame criminológico consiste em entrevistas conduzidas por psicólogo e por assistente social, acompanhadas de certidão de conduta carcerária emitida pela Comissão Técnica de Classificação (CTC). Por se tratar, portanto, de trabalho de *experts*, tal documento é considerado um laudo pericial, motivo pelo qual o Juízo da Execução não está adstrito a sua conclusão, isto é, caso se tenha parecer favorável à concessão do direito, não significa que necessariamente terá de ser deferido – o contrário é verdadeiro.

Ademais, caso exista divergência no mesmo exame criminológico (opiniões diversas entre o psicólogo e o assistente social, por exemplo), ou entre exames criminológicos distintos, deve prevalecer interpretação em favor do condenado, em respeito ao princípio *favor rei* (SCHMIDT, 2002, p. 105).

Para fins de defesa, caso o exame criminológico contenha parecer desfavorável à concessão do pleito, o apenado pode nomear assistente técnico para fins de contraprova, em analogia ao disposto no artigo 159, §5º, II e §7º, do CPP. Registra-se a raridade de tal prática, justamente pela dificuldade no acesso aos seus direitos em sede de execução penal, mas principalmente pela seletividade penal, que aprisiona principalmente sujeitos com baixo poderio econômico, sem capacidade de nomear perito privado.

Uma das maiores explicações dos magistrados em seguir requerendo o exame criminológico, mesmo com as diversas críticas doutrinárias, é o sentimento de distância para com a realidade prisional, isto é, a partir da entrevista realizada pelos profissionais tem-se um mínimo de conhecimento sobre a personalidade e histórico de vida do apenado. Ocorre que a legislação também possibilita a realização de visitas *in loco* e, principalmente, a designação de audiência especial, a fim de estabelecer contato pessoal e humanizado com quem está pleiteando seu direito. Tal justificativa não se sustenta, portanto.

Por fim, é devido o alerta:

No que tange à exigência dos exames criminológicos, uma última observação merece ser feita: se continuarmos com a idolatria irrefletida no tocante à (suposta) eficácia dos exames criminológicos, em breve chegaremos à execução penal atuarial (ou securitária), baseada em pragmáticos prognósticos de risco (atuariais) e periculosidade sociais, com a profusão de guias metódicos que quantificam minuciosamente os dados pessoais e sociais do condenado, construindo a possibilidade de liberdade a partir de tais elementos. Segundo Pavarini, a retórica que emerge é aquela do cálculo probabilístico e de distribuição estatística aplicados no confronto das populações que criam problemas sociais.

Ironicamente, o único risco verdadeiramente confiável da criminologia atuarial é aquele oferecido à hígidez do Estado Republicano e Democrático de Direito (Roig, 2022, p. 287).

7.2 Quesitos

Em meio a determinação de realização do exame criminológico, o magistrado, o Ministério Público e o defensor podem requerer que certos quesitos sejam respondidos, que nada mais são do que perguntas a serem feitas, ou assuntos a serem abordados.

Luciane Neitzel Friedrich realizou análise quantitativa e qualitativa de exames criminológicos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Do total de 108 exames criminológicos solicitados, 49 não puderam ser utilizados na pesquisa por estarem incompletos; 59 tinham os laudos dos psicólogos e assistentes sociais, e, dentre eles, obteve-se acesso ao resultado da sentença em 42 exames criminológicos. **Dos 42 exames criminológicos, de 16 exames obteve-se acesso à sentença completa deferida pelo Juiz da VEP** (2016, p. 182).

Os estudos sociais realizados, que nada mais são do que entrevistas conduzidas por assistente social, contém os dados de identificação do preso, a metodologia utilizada, a constituição familiar do preso, as condições de moradia e subsistência, o uso de substâncias psicoativas, o “tratamento penal”, as perspectivas de futuro e o parecer social, com a opinião profissional sobre os encaminhamentos.

Os estudos psicológicos, por sua vez, referentes a entrevistas conduzidas por psicólogos, contém a identificação do preso, procedimento (histórico do preso, uso de entorpecentes, relações familiares, nível de escolaridade, estado mental), análise e conclusão. Luciane Friedrich destaca conclusão de estudo psicológico com críticas à própria finalidade do parecer:

(...) A prisão cumpre seu papel de punição perante a sociedade, mas não de desenvolvimento pessoal, neste sentido, a progressão de regime, de forma gradual, parece ser favorável ao tratamento penal, no entanto, **salienta-se que não existem garantias efetivas no campo da subjetividade** (2016, p. 198).

Acerca dessa crítica, vale apresentar problemática enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos últimos anos, em que houve uma negativa dos profissionais de psicologia em apresentar parecer final, respondendo a quesito de possibilidade de reincidência futura, devida a recomendação do Conselho Regional de Psicologia (CRP). Inclusive, a respeito dos profissionais de psicologia, o Relatório de Informações Penais, de junho de 2023, apresentou que há 1324 psicólogos atuando no sistema carcerário em todo o Brasil, número esse ínfimo, dado existir quase um milhão de pessoas encarceradas no país.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir de análise jurisprudencial das Varas de Execuções Penais, percebe-se que a decisão que determina a realização do exame criminológico solicita a resposta aos seguintes quesitos: a) o sentenciado mantém vínculos familiares?; b) possui planos realistas para seu futuro?; c) qual sua percepção dos crimes praticados?; d) demonstra algum remorso ou reflexão sobre os fatos?; e) há elementos que indicam evolução no processo de ressocialização?; f) há elementos que indicam desenvolvimento de senso de responsabilidade para o cumprimento do regime semiaberto, especialmente a capacidade de lidar com a raiva e frustrações?.

Nesta análise, será destacado o quesito acerca da percepção do preso sobre os crimes praticados, que alguma vezes é acompanhado da investigação sobre o arrependimento sobre a prática de tal delito. Isso significa que o preso é compelido a relatar a prática criminosa, sob pena de indeferimento de seu direito da execução penal, o que será tratado adiante.

7.3 Conflito com o direito ao silêncio

Rodrigo Roig confere atenção às violações aos direitos dos cidadãos privados de liberdade a partir da realização do exame criminológico:

Agregam-se a esses argumentos as críticas ontológicas aos exames, considerados instrumentos de seletividade (análise de risco ou “periculosidade atuarial” do preso com base no grupo – social, econômico, cultural, de gênero, etário etc. – ao qual pertença) e violação da intimidade (intromissão na interioridade do indivíduo), contraditório, ampla defesa e devido processo legal (indemonstrabilidade empírica dos argumentos e dificuldade de refutação dos atributos pessoais realizados aos presos) e lesividade (avaliação recaída não sobre os fatos, mas sobre a pessoa do preso, consagrando-se o direito penal do autor) (2022, p. 283-284).

Esquece o doutrinador, porém, de denunciar a flagrante violação ao direito convencional e constitucional do direito ao silêncio a partir do exame criminológico. Isso, pois compele o apenado a passar por diversas entrevistas relatando sua própria história, contexto, consumo de drogas, condições de subsistência, relações familiares e, até mesmo, a relatar a prática criminosa pelo qual está sendo investigado ou pelo qual foi condenado, dentre outros. Tais respostas servirão como provas para a aferição de um direito subjetivo público do próprio apenado, isto é, está sendo coagido a produzir provas que poderão ser utilizadas contra si.

Ademais, não é advertido de seu direito ao silêncio pelos profissionais. Caso, mesmo assim, opte por não responder aos quesitos, tal recusa é interpretada de modo a prejudicar a sua solicitação, o que fere de modo alarmante a garantia *nemo tenetur se detegere*.

Especificamente a respeito do quesito acerca da percepção do preso sobre os crimes praticados, acompanhado de investigação acerca do arrependimento sobre o fato, a violação ao direito do sujeito privado de liberdade é ainda mais alarmante, pois resta configurada confissão sob coação, em sede de execução penal.

Um sujeito não pode ser impelido a confessar um crime e, além, manifestar o seu arrependimento, a fim de ser deferido o seu pleito de progressão de regime ou livramento condicional, simplesmente por não haver previsão legal nesse sentido. Ademais, mesmo que

houvesse, estaria infringindo garantias constitucionais e convencionais, isto é, iria contrário a normas jurídicas de hierarquia superior, o que as tornaria sem eficácia jurídica.

Para fins de demonstrar a patente ilegalidade da prática judicial, apresenta-se coleção de jurisprudências que optaram por indeferir o pleito, fundamentadas com a não verbalização sobre os crimes pelos quais foi condenado, não manifestação de arrependimento, ou identificação de “crítica empobrecida” acerca da prática criminosa. Destaca-se que cada julgado é de Câmara de Direito Criminal diversa, o que demonstra o amplo costume:

Execução Penal – Reeducando que, mesmo apresentando boa conduta carcerária, tem parte do exame criminológico concluindo no sentido de **falta verbalização satisfatória sobre os crimes cometidos, tampouco expressa arrependimento** – Ausência de direito ao benefício Desfavorável parcialmente o resultado de exame criminológico, não é realmente recomendável seja concedida a progressão pelo Juízo da Vara das Execuções, levando-se em conta apenas o atestado de boa conduta carcerária.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0002968-89.2023.8.26.0521; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ; Data do Julgamento: 30/06/2023; Data de Registro: 30/06/2023)

AGRAVO EM EXECUÇÃO – Pedido de reforma da decisão que indeferiu a progressão de regime – IMPOSSIBILIDADE – Requisito subjetivo não preenchido – Pena de 12 anos, 11 meses e 6 dias de reclusão, pela prática de receptação e roubo, não constando registro de falta disciplinar. Foi beneficiado com a progressão ao regime semiaberto, em 28/04/2021, com cinco saídas temporárias regulares. Progressão para o regime intermediário, em 28/04/2021 - TCP previsto para 01/01/2032 - Exame criminológico realizado, de forma regular, com descrição suficiente a respeito das reações e respostas do sentenciado, com aspectos positivos e negativos – **Necessidade de maior conscientização do sentenciado sobre a prática delitiva e suas consequências, o qual apresenta arrependimento apenas em função de suas perdas pessoais, apesar de aspectos positivos apresentados** – Conclusão do Juízo "a quo" e deste relator, concluindo por seu despreparo para progredir para o regime aberto, ainda – Negado provimento ao agravo.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0000385-68.2023.8.26.0154; Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8ª RAJ; Data do Julgamento: 31/05/2023; Data de Registro: 31/05/2023)

1-) Agravo em Execução Penal. Não provimento do recurso defensivo. 2-) Progressão ao regime aberto que não pode ser deferida. No momento, **não há subsídios acerca do arrependimento dos atos criminosos e obtenção de autocrítica, sob pena de reincidir novamente**. 3-) Decisão de indeferimento mantida, com determinação.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0005825-65.2022.8.26.0482; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 2ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 24/08/2022; Data de Registro: 24/08/2022)

PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. DECISÃO INDEFERITÓRIA. RECURSO DA DEFESA. Pretendida concessão do benefício, por alegada presença dos requisitos legais. Descabimento. 1. Mérito. Inviabilidade da benesse pleiteada. Sentenciado, reincidente, condenado por prática de dois roubos circunstanciados e porte ilegal de arma de fogo, crimes graves com

longa pena a cumprir. Exame Criminológico com conclusão geral favorável, apesar de nada se abordar, na perícia, sobre a existência de preparo/aptidão para o cumprimento da pena em regime menos rigoroso. Com efeito, o relatório psicológico, sobre o agravante, apresentou que ele "é imaturo emocionalmente, instável em suas propostas. É pessoa susceptível a influência do meio. Mostra-se inconsequente no direcionamento de suas propostas. (...) **Assume seus delitos com crítica empobrecida. Justifica com superficialidade, sem evidências reais de arrependimento**" (fls. 51), **o que demonstra a ausência de assimilação da terapêutica penal.** O Magistrado não está adstrito às conclusões gerais do exame pericial, podendo embasar sua decisão nos demais elementos aduzidos pelos peritos no bojo de seus laudos, ou mesmo contrariá-los, se reputar insuficiente a perícia. Precedente do C. STF. Uma vez não demonstrada a presença do requisito de ordem subjetiva para a progressão ao regime aberto, vez que insuficiente, para aferição do preparo/aptidão para cumprimento da pena naquele regime, o quanto relatado no parecer, acertado foi o indeferimento do benefício. **Dúvida bem resolvida, posto que em favor da Sociedade.** Negado provimento.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0002274-70.2021.8.26.0625; Relator (a): Alcides Malossi Junior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 2ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 17/08/2021; Data de Registro: 17/08/2021)

AGRAVO EM EXECUÇÃO – Semiaberto e livramento condicional – Indeferimento pelo Juízo 'a quo' – Recurso defensivo – Acusada que praticou delitos graves e tem longa pena a cumprir – Se não bastasse, o exame criminológico realizado na agente **indicou que ele não apresenta crítica satisfatória sobre os delitos cometidos, sem expressar arrependimento** – Dúvida que deve ser resolvida em benefício da sociedade ("in dubio pro societate") – Não preenchimento do requisito subjetivo – Decisão mantida – Recurso improvido.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0003244-69.2021.8.26.0496; Relator (a): Sérgio Ribas; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Porto Ferreira - 1ª Vara; Data do Julgamento: 11/05/2021; Data de Registro: 11/05/2021)

Embora não trate diretamente sobre o assunto, Rodrigo Roig faz leve menção a problemática ao defender que "é irrelevante para a conclusão do exame o fato de o condenado não se sentir culpado pela prática do delito ou confessar-se viciado em drogas ou álcool. (...) Todas estas exigências carecem de previsão legal (princípio da legalidade)" (2022, p. 351).

Assim, resta demonstrado que tal ferramenta para aferição do requisito subjetivo de direito público subjetivo do apenado viola frontalmente a garantia constitucional e convencional do direito ao silêncio, tendo em vista ser coagido a confessar a prática de conduta criminosa e produzir provas contra si, o que pode produzir consequências inclusive ao seu processo penal.

8 A REVISÃO CRIMINAL

8.1 Conceito

A revisão criminal, prevista nos artigos 621 e seguintes, do Código de Processo Penal, apresenta natureza de ação autônoma de impugnação das decisões judiciais transitadas em julgado.

Gustavo Badaró apresenta o histórico desse instituto nas constituições já promulgadas no Brasil e destaca que, atualmente, ele não está previsto dentre os direitos e garantias individuais (2019, p. 1009):

Posteriormente, a revisão criminal passou a ter assento constitucional, sendo prevista na Constituição de 1891 (art. 81) e na Constituição de 1934 (art. 76, 3), somente “em favor dos condenados”. As Constituições posteriores não repetiram tal previsão. Na Constituição de 1988 a revisão criminal não foi prevista entre os direitos e garantias individuais, embora esteja mencionada na competência originária do STF (art. 102, I, j), do STJ (art. 105, I, e) e dos TRFs (art. 108, I, b).

A ação é possível quando há sentença penal condenatória transitada em julgado, mesmo após a extinção da punibilidade, caso a decisão contrarie texto expresso da lei penal, contrarie evidência dos autos, haja comprovação da falsidade de depoimentos, exames ou documentos, ou seja descoberta novas provas de inocência do condenado, nos termos do artigo 621, do CPP.

Findo os recursos penais, portanto, e transitada em julgada a sentença penal condenatória, caso ocorra uma das hipóteses para seu cabimento, a revisão criminal pode ser proposta a fim de rever tal condenação, sendo possível recalcular a dosimetria da pena, ou até declarar a absolvição do apenado, com a expedição de alvará de soltura, se o caso.

Destaca-se que não é necessária a figura de advogado enquanto defensor, podendo o próprio preso propor sua ação de revisão criminal (razoada posteriormente por defensor técnico), a qualquer tempo, nos termos dos artigos 623 e 622, ambos do CPP, respectivamente.

Se for deferida a revisão criminal que ocasione sentença absolutória, é devido o restabelecimento de todos os direitos perdidos em razão da condenação e dos efeitos secundários e extra-penais. Inclusive, é possível a indenização pelo erro judiciário, dada a responsabilidade objetiva estatal, nos termos do artigo 5º, LXXV, da CF.

8.2 Efeitos do desrespeito do direito ao silêncio

Relacionando o instituto da revisão criminal ao exame criminológico realizado em sede de execução penal, indaga-se a respeito da influência das provas obtidas a partir das entrevistas administrativas na decisão da ação autônoma de revisão da sentença condenatória.

Conforme apresentado, o exame criminológico é permeado por, no mínimo, duas entrevistas, cada qual realizada por assistente social e psicólogo. Não há advertência do direito ao silêncio ao apenado antes da realização das entrevistas, bem como é indagado diretamente acerca dos fatos pelo qual está cumprindo pena e se manifesta arrependimento de tê-lo praticado.

O silêncio do sujeito privado de liberdade, ou as tentativas de se esquivar de responder, tem sido interpretadas desfavoravelmente ao preso, contrariando seu direito ao silêncio, conforme demonstrado. Nas oportunidades em que o apenado nega arrependimento, este ato também é utilizado em seu desfavor para não ser deferida a benesse.

Nesse sentido, muitos defensores técnicos atuantes na execução penal instruem seus clientes a assumirem a prática delitiva e manifestarem arrependimento, não apenas sobre os efeitos que o atingiu, mas sobre os efeitos sentidos pela vítima. Isso, na tentativa do deferimento da progressão de regime ou do livramento condicional, mesmo que tenha sido condenado injustamente, o que não é raro no Brasil.

Ocorre que o incidente da execução penal é posto junto ao processo de conhecimento criminal, isto é, quando proposta a revisão criminal e o julgador for avaliar o processo criminal, constará de seus materiais de análise todo o histórico da tutela executiva, inclusive os exames criminológicos realizados.

Claramente, tal testemunho não poderá ser utilizado como prova para fundamentar expressamente a decisão de indeferimento da revisão criminal, dado desrespeitar o procedimento legal para obtenção da confissão válida, porém o presente estudo visa refletir o quanto tais documentos influenciam negativamente no entendimento do julgador sobre a figura do preso e os fatos imputados a ele.

Dessa forma, está diante de violação a garantia fundamental do preso, prevista em sede internacional e nacional (a título de norma constitucional e em leis ordinárias), ocorrida na

execução penal, que traz consequências gravosas não só ao direito em abstrato, mas também aos sujeitos mais frágeis nessa relação para com o Estados: os cidadãos encarcerados.

9 CONCLUSÃO

A presente pesquisa científica abordou temática com três eixos principais: (i) a execução penal; (ii) o direito ao silêncio; (iii) a junção dos anteriores, isto é, o direito ao silêncio na execução penal.

Inicialmente, buscou-se analisar a execução penal no Brasil, conceituando-a, apresentando seu histórico e dados estatísticos. Neste momento, foi demonstrada a disparidade da relevância da temática, que chega a atingir diretamente 839.672 sujeitos encarcerados, fora os familiares e pessoas próximos afetados, e a baixa exploração acadêmica e profissional.

Discutida a natureza jurídica da execução penal, apresentou-se as teorias administrativa, mista e jurisdicional. Essa última é a natureza jurídica adotada pela legislação executiva penal, o que traz consequência na proteção ao preso, pois atrai todas as previsões normativas do complexo penal para a sua seara, isto é, são aplicáveis as disposições previstas em códigos e tratados internacionais, à exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político, a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, o Código Penal, a Lei de Execução Penal e demais leis ordinárias.

Para verificar o processo de trazer ao direito doméstico normas internacionais, explicou-se as previsões constitucionais, as quais determinam que tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil possuem hierarquia constitucional. Para além da discussão normativa, adentrou-se no diálogo entre cortes, para que haja também uma comparação jurisprudencial e hermenêutica de tais artigos, oferecendo a teoria do constitucionalismo multinível.

Adentrando na segunda grande temática do presente estudo, foi apresentado o direito ao silêncio, seu conceito e histórico. Em seguida, conciliou-se os temas anteriores para avaliar especificamente o direito ao silêncio na seara da execução penal brasileira. Assim, foram apresentadas problemáticas rotineiras do direito ao silêncio.

Para seguir em tal análise, fez-se necessário conceituar os institutos da execução penal, caracterizando-os enquanto direitos subjetivos públicos, e não “benefícios”, como usualmente denominados. Assim, percebeu-se o quão comum é a figura do exame criminológico para a aferição dos requisitos subjetivos da progressão de regime e do livramento condicional.

Deste modo, foi destrinchada a ferramenta do exame criminológico, seu funcionamento, aplicabilidade, quesitos mais utilizados e seu inerente conflito com o direito ao silêncio, tendo

em vista coagir o apenado a responder quesitos, dentre os quais, acerca do fato criminoso pelo qual foi condenado e do arrependimento de tê-lo praticado.

Por fim, para investigar as consequências jurídicas na realidade fática e nos direitos do apenado, é apresentado o instituto da revisão criminal, que pode ter indevidamente o seu julgamento afetado pela não proteção do direito ao silêncio na execução penal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 17, p. 24-49, set. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/459/7395>. Acesso em: 03 ago. 2023.
- ALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da Jurisdição**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BARRETO, Daniela Lima. **O direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BASAGLIA, Franco. “As instituições da violência”. In: A instituição negada: relato de um hospital psiquiátrico. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1985, p. 101.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2013.
- BOAVIDA, Joaquim. **A flexibilidade da prisão: da reclusão à liberdade**. Coimbra: Almedina, 2018.
- BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BOTTINO, Thiago. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. São Paulo: Campus jurídico, 2009.
- BRANDÃO, Juliana. LAGRECA, Amanda. O delito de ser negro – atravessamentos do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 308-319, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 28 set. 2023.
- BRASIL. Decreto n 592, de 06 de jul. de 1992. Dispõe sobre a promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 09 out. 2023.
- BRASIL. Decreto n 678, de 06 de nov. de 1992. Dispõe sobre a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 09 out. 2023.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei n 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

CACICEDO, Patrick Lemos. **O sistema progressivo brasileiro e suas contradições**: para uma leitura crítica do direito de execução penal. Boletim IBCCRIM, [S. l.], v. 31, n. 367, 2023.

CALON, Eugenio Cuello. **La Moderna Penología**. Barcelona: Bosch, 1958, tomo I.

CARVALHO, Denise. JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança**, São Paulo, n. 9, p. 177-192, mai. 2012. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/2285>. Acesso em: 28 set. 2023.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. 2ª ed., ver e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; PEREIRA, Claudio José Langroiva, orgs. Impacto da Jurisprudência Interamericana nas Garantias Processuais – Um diálogo Argentina-Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DE MORAES, Alexandre. Comentários ao HC nº 91.414/BA: A Evolução Constitucional na Interpretação do Direito ao Silêncio. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 248, p. 175-198, maio. 2008.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. **O Estado Democrático de Direito e a Identificação Gnética para Fins Criminais no Brasil**. In: Antonio Baptista Gonçalves (Org.). Lei Anticrime. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v.1, p. 147-178.

FRIEDRICH, Luciane Neitzel. **Exame criminológico**: controle, responsabilização e individualização da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KAFKA, Franz. **Na colônia penal**. Rio de Janeiro: Editora Antofágica, 2020.

KARASCH, Mary C. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)**; tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NEGREIROS, Conceição de Maria Silva. **O cabimento da prisão domiciliar para o preso no regime fechado e para o preso provisório na hipótese de vaga no sistema prisional**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional pela Escola de Direito e Administração Pública). Instituto Brasileiro de Ensino, desenvolvimento e pesquisa. Brasília. DF.

PASTANA, Débora Regina. **Política e punição na América Latina**: uma análise comparativa acerca da consolidação do Estado Punitivo no Brasil e na Argentina. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

PRADO, Daniel Nicory do. **Sobre a natureza jurídica da execução penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10124/sobre-a-natureza-juridica-da-execucao-penal>. Acesso em 28 ago. 2023.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal**: Introdução. 2 ed. Salvador: JusPodivim, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas**: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Fabio Luis Barbosa. **Uma história da onda progressista sul-americana (1998-2016)**. São Paulo: Elefante, 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Hermenêutica na execução penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 38, São Paulo, abr. 2002.

SILVA, Adhemar Raimundo in CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 166.

SISDEPEN. Relatório de Informações Penais. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>. Acesso em 09 set. 2023.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Global Community of Courts**. Harvard International Law Journal. V. 44, n. 1, 2003.

STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.