

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH

EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E SUAS

FINALIDADES:

Princípio da Dignidade Humana e a Necessidade de Desencarceramento

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO – 2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH

EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E SUAS

FINALIDADES:

Princípio da Dignidade Humana e a Necessidade de Desencarceramento

Dissertação apresentada à Banca de Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

SÃO PAULO

2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

BANCA EXAMINADORA

Presidente:_____

Professor Titular Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques

1º Examinador (a):_____

2º Examinador (a):_____

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos os professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo com os quais tive o prazer de aprender durante o mestrado. No entanto, não poderia deixar de destacar o carinho, a paciência e a dedicação de dois professores em especial: o meu querido orientador, Professor Oswaldo Henrique Duek Marques, e a Professora Carolina Alves de Souza Lima.

Gostaria de agradecer, também, aos meus colegas da PUC-SP que contribuíram, sensivelmente, na ampliação dos meus conhecimentos, com os debates em sala de aula e conversas no café. Dentre esses colegas, gostaria de destacar dois em especial, que levarei para vida: Bruno Paiva e Ricardo Fanti Iacono.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à minha esposa pela paciência e compreensão nesse período do mestrado. Elaine, sem o seu apoio, seria impossível atingir esse objetivo.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho acadêmico aos meus filhos, Ana Beatriz e Pedro Henrique, que são a razão de todo o meu esforço e dedicação. Espero que possa, de alguma forma, reparar o tempo que fiquei longe de vocês para que pudesse concluir este trabalho.

Dedico também à minha amada esposa, Elaine. Essa conquista é nossa!

Por fim, não poderia deixar de dedicar esse trabalho aos meus pais, João e Christina, que sempre foram meus grandes incentivadores.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a situação draconiana dos presídios brasileiros e sinalizar com alternativas plausíveis para minorar esse estado de coisas inconstitucional, em especial com a utilização de mecanismos tendentes a melhorar a tormentosa e triste situação da superlotação carcerária. Para tanto, serão analisados os gravíssimos problemas de superlotações dos presídios brasileiros, consistente em prisões superlotadas, em condições sub-humanas para os encarcerados. O trabalho perpassará, ainda, pelo exame das finalidades da pena e os princípios informadores da execução penal, com escopo de evidenciar o estado de coisas inconstitucional dos cárceres brasileiros e a imperiosa necessidade de serem estabelecidas políticas sérias e ágeis para a redução da população prisional. O relatório da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, importante elemento de pesquisa, apresenta um cenário caótico dos presídios paulistas, que vai da superpopulação, passa pela baixa qualidade da alimentação fornecidas, precariedade dos prédios, violência contra os internos, dentre outras graves afrontas aos direitos dos presos. Por fim, serão apontados mecanismos necessários para a redução da população carcerária, com objetivo de minorar a afronta à dignidade das pessoas presas.

Palavras-chave: Dignidade das pessoas presas; direitos fundamentais; execução penal; sistema carcerário; encarceramento em massa; superlotação; mecanismos de desencarceramento.

ABSTRACT

The aim of the present work is to study the draconian situation of Brazilian prisons and signal with plausible alternatives to alleviate this unconstitutional state of things, especially by using mechanisms tending to improve the tormenting and sad situation of prison overcrowding. To this end, the very serious problems of overcrowding in Brazilian prisons will be analyzed, consisting of overcrowded prisons in subhuman conditions for the incarcerated. The work will pass, also, by the exam of the purposes of sentencing and the principles that inform penal execution, with the aim of highlighting the unconstitutional state of things in Brazilian prisons and the imperative need of being established serious and agile policies to reduce the prison population. The report by the Public Defender's Office of the State of São Paulo, an important element of research, presents a chaotic scenario of São Paulo's prisons, ranging from overcrowding, passing by the low quality of the food provided, precariousness of the buildings, violence against inmates, among other serious affronts to prisoners' rights. Finally, it will be pointed out the mechanisms needed to reduce the prison population, with the aim of alleviating the affront to the dignity of prisoners.

Keywords: Dignity of imprisoned people; fundamental rights; penal execution; prison system; mass incarceration ; overcrowding ; decarceration mechanisms.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CR	Constituição da República
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal
NESC	Núcleo Especializado de Situação Carcerária
PGR	Procuradoria-Geral da República
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
SAP	Secretaria de Administração Penitenciária
SENAPPEN	Secretaria Nacional de Políticas Penais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1	Principais pesquisas nacionais sobre reincidência (p. 25)
Gráfico 1	<i>Deficit / Superavit</i> de vagas total do Brasil (p. 68)
Figura 1	CDP Masculino de São Vicente – superlotação de cela (p. 75)
Figura 2	CDP Masculino de Americana – banheiros (p. 76)
Figura 3	CDP de Limeira – superlotação de cela (p. 76)
Figura 4	CDP de Vila Independência – teto avariado (p. 78)
Figura 5	CDP de Vila Independência – “gambiarras” para iluminação (p. 78)
Figura 6	Penitenciária Masculina de Guareí – pragas (p. 79)
Figura 7	CDP Masculino de Vila Independência – pragas, doenças de pele (p. 80)
Figura 8	CDP Masculino de Pinheiros – feridas por infestação de pragas (p. 81)
Figura 9	Penitenciária Masculina de Guareí – alimentação (p. 87)
Gráfico 2	População Prisional em Trabalho (p. 103)
Gráfico 3	Atividades Educacionais (p. 104)
Gráfico 4	Qual é a média de valor do dispositivo de monitoração? (p. 115)
Gráfico 5	Saúde – doenças transmitidas e mortes no sistema prisional (p. 121)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. DAS FINALIDADES DA PENA	18
2.1. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS.....	19
2.1.1. CONCEPÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA EM KANT	19
2.1.2. CONCEPÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA EM HEGEL	20
2.2. TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS.....	21
2.2.1. PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA	21
2.2.2. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	23
2.2.3. PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA.....	25
2.2.4. PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA	26
2.3. TEORIAS ECLÉTICAS OU MISTAS	28
2.3.1. TEORIAS ECLÉTICAS ADITIVAS	28
2.3.2. TEORIAS ECLÉTICAS DIALÉTICAS	30
2.4. TEORIA AGNÓSTICA DA PENA.....	30
3. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA EXECUÇÃO PENAL	32
3.1. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	34
3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	39
3.3. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA PRESA	42
3.4. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL	46
3.5. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	48
3.6. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	50
3.7. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE.....	54
3.8. PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA MÍNIMA.....	56
3.9. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	58
3.10. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	62
3.11. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL.....	65
3.12. PRINCÍPIO DO <i>NUMERUS CLAUSUS</i> (NÚMEROS FECHADOS)	66
4. DIGNIDADE DAS PESSOAS PRESAS. SUPERLOTAÇÃO. CONDIÇÕES DESUMANAS E DEGRADANTES. ILEGALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	69

4.1. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	69
4.2. CONDIÇÕES PRECÁRIAS A QUE ESTÃO EXPOSTOS OS PRESOS	75
4.3. RELATÓRIO DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA (NESC) DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AFRONTA À DIGNIDADE DAS PESSOAS PRESAS.....	76
4.3.1. SUPERLOTAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	77
4.3.2. PRECARIEDADE DAS ESTRUTURAS FÍSICAS DAS CONSTRUÇÕES, INCLUSIVE DE FALTA DE VENTILAÇÃO, INFILTRAÇÃO, RACHADURAS .	80
4.3.3. PRESENÇA DE INSETOS E OUTRAS PRAGAS.....	82
4.3.4. FALTA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA.....	83
4.3.5. RACIONAMENTO DE ÁGUA E DE BANHO QUENTE.....	85
4.3.6. LIMITAÇÃO DE BANHO DE SOL	86
4.3.7. FALTA OU LIMITAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MATERIAL DE HIGIENE PESSOAL.....	87
4.3.8. FALTA DE ALIMENTAÇÃO.....	88
4.3.9. VIOLAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA E AS SANÇÕES COLETIVAS	90
4.4. ILEGALIDADE DO ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS OU DE SUPERLOTAÇÃO	91
5. POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO.....	94
5.1. MECANISMO DESENCARCERADORES JÁ EXISTENTES NO ORDENAMENTOS NACIONAL	95
5.1.1. INDULTO	96
5.1.2. COMUTAÇÃO DA PENA	99
5.1.3. PROGRESSÃO DE REGIME	101
5.1.4. REMIÇÃO DA PENA	105
5.1.5. LIVRAMENTO CONDICIONAL	108
5.1.6. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA	111
5.1.7. MONITORAMENTO ELETRÔNICO	112
5.1.8. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS	115

5.2. MEDIDAS URGENTES PARA UMA DRÁSTICA REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE ENCARCERAMENTO	115
5.2.1. REGIMES SEMIABERTO E ABERTO. CUMPRIMENTO EM CELAS FÍSICAS. SUBSTITUIÇÃO POR MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	116
5.2.2. REVISÃO, A CADA 90 DIAS, DE FORMA OBRIGATÓRIA, DAS PRISÕES PROVISÓRIAS.....	119
5.2.3. LIBERDADE VIGIADA PARA OS PRESOS CONDENADOS À PENA DE DETENÇÃO.....	121
5.2.4 LIBERDADE AOS PRESOS COM ENFERMIDADES GRAVES: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE E HUMANITÁRIA.....	122
5.2.5 PROCESSO DE DESENCARCERAMENTO DAS MULHERES PRESAS COM FILHOS NAS PRISÕES	127
5.2.6. JUSTIÇA RESTAURATIVA.	129
5.2.7. DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS (RE Nº 635.659/SP).....	131
6. CONCLUSÃO: O DESENCARCERAMENTO É POSSÍVEL?.....	138

1. INTRODUÇÃO

“Abandonai toda a esperança, vós que entraís”. Esta frase, escrita no portão do Inferno, da “Divina Comédia”, de Dante Alighieri, deveria estar na entrada de quase todas as unidades prisionais brasileiras. Conforme será exposto neste trabalho, o sistema prisional brasileiro é cruel, degradante, desumano e todos os demais adjetivos similares que possam vir à cabeça.

O Brasil, nas últimas décadas, vem sofrendo com a negligência estatal relativamente ao sistema carcerário. Segundo informações da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN)¹, com dados atualizados até 30 de junho de 2023, temos uma população de 839.672 pessoas com privação da liberdade, sendo que 649.592 estão em celas físicas de presídios superlotados, em condições sub-humanas, e 190.080 em prisão domiciliar. Porém, o total de vagas nos estabelecimentos prisionais é de 482.875.

O panorama do sistema penitenciário brasileiro é caótico, com cerca de 35% (trinta e cinco por cento) a mais de presos do que a capacidade instalada para os recepcionar. Qual o resultado desse aterrorizante cenário? Prisões superlotadas, condições sub-humanas para os encarcerados, descontrole disciplinar, constantes rebeliões com mortes, sem contar que os presídios são dominados por facções criminosas que ditam as regras internamente.

O Brasil tem a terceira maior população carcerária, em números absolutos, do mundo, de acordo com dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais², do King’s College, de Londres, na Inglaterra. A liderança desse trágico *ranking* está com os Estados Unidos, que tem aproximadamente 2,2 milhões, seguidos pela China, com 1,7 milhão.

A população carcerária brasileira é de 389 pessoas presas por cada 100 mil habitantes. Segundo dados do World Prison Brief³, os Estados Unidos têm 581 presos por cada 100 mil. Na América do Sul, segundo os referidos dados, o Uruguai tem a maior população carcerária por 100 mil habitantes (424 presos por 100 mil hab.).

A situação de superlotação carcerária, já em 1999, foi objeto de deliberação do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e dos Tratamentos Desumanos e Degradantes, que sinalizou sua preocupação com a superlotação dos presídios europeus, conforme se extrai da fala do Ministro do Conselho da época: “a superlotação dos cárceres e o

¹ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

² <https://direitopenaledemocracia.ufpa.br/index.php/brasil-tem-3a-maior-populacao-carceraria-do-mundo-mostra-levantamento-do-cnj/>

³ <https://www.prisonstudies.org/>

crescimento da população carcerária constituem desafios importantes para a administração penitenciária e para o sistema de justiça penal, seja em termos de direitos humanos ou de gestão eficaz dos institutos penitenciários”⁴ (Recomendação nº 22, de 30 de setembro de 1999).

Ressalte-se que, embora a situação de superlotação carcerária não seja uma realidade exclusiva brasileira, este trabalho se concentrou nos presídios brasileiros e na busca de alternativas penais plausíveis para minimizar essa tormentosa e triste situação da superlotação.

O ponto de partida para uma adequada análise da situação carcerária brasileiro deve ser, inesoravelmente, a Constituição da República, em especial os direitos fundamentais. O artigo 5º, inciso XLVII, estabelece que não haverá penas “cruéis”, bem como no inciso III, do mesmo dispositivo, que prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”⁵. Portanto, a análise da situação dos presídios nacionais deve ser cotejada com as normas constitucionais, bem como nos diplomas internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil.

Ao se observar a superlotação carcerária e os demais ingredientes nefastos da vida nos presídios brasileiros, surgiu a seguinte indagação: **Diante da ofensa à dignidade e aos direitos fundamentais das pessoas presas no sistema penitenciário brasileiro, quais os instrumentos previstos na legislação vigente e no direito comparado que apresentam caminhos para o abreviamento do tempo de cárcere, ou até mesmo possibilitam o não encarceramento, com vistas aos mandamentos constitucionais e convencionais de proteção dos direitos humanos?**

A condição desumana dos encarcerados nos presídios e o desrespeito aos seus direitos são pouco estudados pela doutrina e pelos tribunais. Esta pesquisa objetivou contribuir para a ampliação da discussão no meio acadêmico sobre a precariedade do sistema carcerário e a necessidade imperiosa de ser criado um mecanismo de desencarceramento.

Há que se destacar, que a premissa básica desse trabalho está em perfeita consonância com a lição Andrew Coyle, professor Emérito de Estudos Penitenciários da Universidade de Londres e professor visitante na Universidade de Essex, quando chefe do International

⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria e prática. 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 435.

⁵ BRASIL. Constituição, artigo 5º, incisos XLVII e III, 1988, [n.p].

Centre for Prison Studies, que pontuou que: “As pessoas detidas ou presas não deixam de ser seres humanos, independentemente da gravidade do crime pelo qual foram acusadas ou condenadas.”⁶

Ressalte-se, por oportuno, que a pesquisa realizada no presente estudo possui perfil bibliográfico, na medida em que se pautou na análise da doutrina nacional e estrangeira sobre políticas de desencarceramento e o respeito à dignidade humana dos presos, tendo como fio condutor as obras do Professor Catalão Inãki Rivera Beiras, da Universidade de Barcelona, dentre elas a intitulada “Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir do garantismo radical”, bem como as obras do Professor Daniel Sarmento, “Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia” e do Professor Rodrigo Duque Estrada Roig, “Execução penal: teoria crítica”.

Foram utilizadas, também, as normativas do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias (CNPCC), as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas – (“Regras de Mandela”), Regras de Tóquio das Nações Unidas e as Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 12/2011, que trata dos aspectos psicológicos dos encarcerados.

Ademais, foram utilizados os dados estatísticos extraídos do relatório apresentado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN, os quais evidenciam que a situação caminha para o caos absoluto, com a implosão do sistema penitenciário brasileiro, caso nada seja feito para reduzir, rapidamente, a superlotação nos presídios.

O trabalho foi dividido nos seguintes capítulos: Das finalidades da pena; Princípios orientadores da pena criminal; Dignidade dos Presos: superlotação, condições desumanas e degradantes, Ilegalidade do Sistema Penitenciário Brasileiro; Política de Desencarceramento e Conclusão.

O capítulo intitulado “Das finalidades da pena” visa a demonstrar que as penas retributiva e preventiva especial negativa são, em regra, observadas pelos gestores do sistema penitenciário e pelo Poder Judiciário nacional. Para que possamos chegar à referida conclusão, há que se perpassar pelas teorias da pena, que são subdivididas, neste trabalho em: teoria absoluta, teoria da prevenção, teoria eclética ou mista e a teoria agnóstica ou negativa.

⁶ COYLE, Andrew. **Administração Penitenciária: Uma Abordagem de Direitos Humanos**. Manual para servidores penitenciários Imprensa: Londres, International Centre for Prison Studies, 2002. p. 41.

O escopo de iniciar com as finalidades da pena consiste em evidenciar o abismo existente entre a expectativa e realidade esperada com a imposição da pena a um indivíduo, ou seja, o que se espera com a privação da liberdade de uma pessoa que cometeu um crime e o que realmente se entrega no sistema carcerário brasileiro. Ao longo do trabalho, restará claro que a única finalidade atingida é a segregação da pessoa “indesejada” do convívio social.

A segregação massiva e descontrolada, em ambientes hostis, insalubres, cruéis e desumanos, como ocorre no sistema penitenciário brasileiro, evidenciam que as demais finalidades da pena, em especial, a prevenção especial positiva (ressocialização), não são minimamente alcançadas, o que contribuiu para o desrespeito à dignidade dos presos e a necessidade, imperiosa, de desencarceramento.

Na sequência, serão tratados os “Princípios orientadores da execução penal”, que são os princípios informadores e balizadores da execução penal, constantes na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, no Código de Processo Penal, no Código Penal e nos Tratados de Direitos Humanos. Cumpre destacar que os princípios da execução penal são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas presas.

Princípios são escudos normativos de proteção do indivíduo, não instrumentos a serviço da pretensão punitiva estatal, muito menos instrumentos de governo da pena. Assim, a interpretação dos princípios, em matéria de execução penal, deve ser *pro homine*, ou seja, sempre deve ser aplicável, no caso concreto, para a solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, uma liberdade ou garantia.

O enfrentamento dos princípios que norteiam a execução penal servirá de balizamento para demonstrar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a necessidade de encontrar mecanismos eficientes na busca de minorar as consequências da superlotação das prisões. O capítulo será subdividido nos seguintes princípios: da humanidade, da legalidade, da não discriminação da pessoa presa, da individualização da pena, intervenção mínima do Estado, da culpabilidade, da lesividade, transcendência mínima, da presunção de inocência (ou estado de inocência), da proporcionalidade, da razoável duração do processo de execução penal, do *numerus clausus* (números fechados).

O quarto capítulo, intitulado “Dignidade dos Presos”, tratará da superlotação carcerária como forma de violação dos direitos humanos; das condições precárias a que estão

expostos os presos; da ilegalidade do encarceramento em condições precárias ou de superlotação; do dever jurídico-constitucional de supressão da superlotação e da degradação das condições do cárcere; e, por fim, dignidade humana como direito absoluto dos presos. Nesse capítulo, busca-se demonstrar a premente necessidade de se discutir políticas de desencarceramento.

Também será subdividido em: superlotação carcerária como forma de violação dos direitos humanos; condições precárias a que estão expostos os presos; relatório do Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC) da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que abordará, além da questão da superlotação nos presídios paulistas, os problemas estruturais das unidades prisionais, a insalubridade, a falta de assistência médica, o racionamento de água e de banho quente, a limitação do banho de sol, a violação da integridade física e psicológica imposta às pessoas presas, dentre outras abordagens importantes; e finaliza com o subtópico relativo à ilegalidade do encarceramento em condições precárias ou de superlotação.

Já no quinto capítulo, “Política de Desencarceramento”, serão investigados, identificados, verificados e propostos mecanismos de redução da população carcerária, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos já constates na legislação pátria de forma mais eficiente, bem como propor medidas urgentes para uma rápida redução dos índices de encarceramento. Objetiva lançar luzes e alternativas para minorar a questão da superlotação, e visa a tornar menos draconiana a vida nos cárceres brasileiros.

Esse capítulo foi estruturado em duas partes: a) mecanismos desencarceradores já existentes no ordenamento jurídico nacional; b) medidas urgentes para uma rápida redução dos índices de encarceramento.

Dentre os mecanismos desencarceradores já existentes no ordenamento jurídico nacional, foram abordados os que efetivamente podem repercutir na diminuição da população dos presídios, assim, os seguintes instrumentos legais foram examinados: indulto; comutação da pena; progresso de regime; remição da pena; livramento condicional; suspensão condicional da pena; monitoramento e; penas restritivas de direito (inclusive a conversão no curso da execução).

No tocante às medidas urgentes para uma rápida redução dos índices de encarceramento, foram propostas as seguintes alternativas penais: conversão do cumprimento da pena, em celas físicas, nos regimes semiaberto e aberto, por monitoramento

eletrônico, haja vista que estão pautados na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado; revisão das penas provisórias a cada noventa dias, com o objetivo de apurar se ainda remanescem as hipóteses ensejadoras do encarceramento cautelar; liberdade vigiada aos condenados por crimes apenados com detenção; liberdade aos presos com enfermidades graves: uma questão de humanidade; desencarceramento das mulheres presas com filhos nos presídios; Justiça Restaurativa e; descriminalização das drogas, pautado no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.

Por fim, na “Conclusão” pretende-se responder à seguinte indagação: **Diante da ofensa à dignidade e aos direitos fundamentais das pessoas presas no sistema penitenciário brasileiro, quais os instrumentos previstos na legislação vigente e no direito comparado que apresentam caminhos para o abreviamento do tempo de cárcere, ou até mesmo possibilitam o não encarceramento, com vistas aos mandamentos constitucionais e convencionais de proteção dos direitos humanos?** Espera-se, com este trabalho, propor e ampliar o debate sobre a necessidade de implementar uma política séria e eficiente de desencarceramento.

2. DAS FINALIDADES DA PENA

Deslegitimação do sistema penal brasileiro, para impingir privação da liberdade a um indivíduo, diante do estado de coisas inconstitucional, é latente. Temos um sistema hostil, seletivo, perverso e desumanizante. São verdadeiras “universidades do crime”, na medida em que os presos saem mais criminosos do que entraram⁷, uma vez que não se busca, como regra, ressocializar o encarcerado, mas, sim, impor-lhe, com a segregação, uma retribuição à lesão que tenha causada a um bem juridicamente protegido.

Não há como enfrentar o problema central deste trabalho sem perpassar pela análise da finalidade da pena, para abordar, minimamente, suas teorias, com escopo de evidenciar que o estado de coisas das prisões brasileiras está em verdadeiro descompasso com os fins esperados com a imposição das sanções penais, com exceção das finalidades retributiva e preventiva especial negativa. Fato que evidencia a falência dos fins da pena privativa de liberdade e a necessidade de salvaguardar a dignidade das pessoas presas com a implantação de política séria de desencarceramento. Ora, se o Estado não consegue cumprir com seu mister de custodiar as pessoas presas dignamente, nem possibilita que a sociedade as receba

⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

melhores do que entraram no sistema, a única alternativa é impor limites ao encarceramento, a começar com a redução, substancial, da atual população carcerária.

Por óbvio, o objetivo deste trabalho não comporta uma análise minudente das diversas teorias sobre a finalidade da pena. Com efeito, a abordagem se restringirá às teorias mais discutidas academicamente. Portanto, examinar-se-á as teorias absolutas ou retributivas, as teorias relativa ou preventiva, a mista ou eclética e a agnóstica ou negativa.

2.1. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

A ideia central das teorias absolutas está na retribuição do mal injusto do crime, com o mal justo da pena. Ou seja, a pena representaria uma justa retribuição pelo crime praticado por um indivíduo. Surge com a Escola Clássica, que se pautou no contrato social, que, em síntese, preconizava que o indivíduo, para viver em sociedade, deve ceder parte de sua liberdade em prol do coletivo.

Cesare Beccaria, na clássica obra “Dos Delitos e da Penas”, trabalha a ideia baseada no contratualismo, e estabelece que o pacto social define que o indivíduo se compromete a viver conforme as leis. Quando uma lei é transgredida, a punição por parte do Estado restabelece a ordem social.

Já Carrara trabalha mais a fundo o conceito de crime como instituto jurídico e da pena como retribuição ao mal exercido contra a sociedade. O classicista leciona que “a pena é uma resposta do Estado visando a conservação da humanidade e a proteção dos seus direitos, com observância às normas de Justiça”⁸

A pena para a Escola Clássica teria o condão de restabelecer a ordem externa rompida pelo cometimento de um delito⁹.

Ressalte-se que dois ícones da filosofia idealista alemã, Kant (Metafísica dos Costumes) e Hegel (Filosofia do Direito), são os expoentes retribucionismo.

2.1.1. CONCEPÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA EM KANT

⁸ CARRARA, Francesco. **Programas do Curso de Direito Criminal**. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 76

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal Español**. Parte general Barcelona: Ariel, 1986, p. 24.

Na obra “Metafísica dos Costumes”¹⁰, Immanuel Kant (1797) aportou a função retributiva da pena. Para Kant, a pena é um imperativo categórico (um mandamento que representa uma ação em si mesma, objetivamente necessária, que não deve obedecer a nenhum outro fim específico), uma exigência ética, quando alguém rompe com as normas sociais e comete um crime. Para ele, quem descumprir um comando normativo e comete um crime não seria digno de cidadania.

Para Kant, a intensidade da retribuição pela pena está atrelada à intensidade da agressão imposta a um bem jurídico. Portanto, a pena seria, na concepção kantiana, um fim em si mesma, na medida em que visa a retribuir o mal causado pelo indivíduo.

Destarte, não há qualquer propósito utilitário na pena, mas sim o de impor um castigo àquele que descumprir uma lei, por meio de norma legal penal, na medida em que, para Kant, o homem é um fim em si mesmo, e é inadmissível impor-lhe um castigo para gerar intimidação a terceiros (base da teoria preventiva geral negativa). Portanto, na concepção kantiana, não se pode almejar qualquer outra finalidade à pena, que não seja a retribuição pelo crime cometido.

2.1.2. CONCEPÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA EM HEGEL

Georg Hegel¹¹ sustentou, no seu método dialético, que o cometimento de um crime é a negação do direito, e a pena é a negação da negação do direito, na medida em que é a resposta a mal decorrente da prática delitiva.

Com efeito, o respeito à norma incriminadora é a tese, o seu descumprimento por um indivíduo é a antítese, sendo a imposição da pena a síntese. Para Hegel, a pena tem o fim de retribuir o mal, mas, também, a finalidade de restabelecer o Direito.

As concepções de Kant e Hegel divergem na fundamentação da pena. Para Kant, a legitimação da pena está na sua necessidade ética, uma vez que o delito perturbaria a ordem moral absoluta. Já para Hegel, a fundamentação está na necessidade da restauração da ordem jurídica.

¹⁰ KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 34

¹¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do direito**. Trad. Paulo Meneses. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010. p. 55.

2.2. TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS

A pena, para os teóricos relativistas, também deve ser entendida como um mal, mas, diversamente das ideias retribucionistas, esse mal seria necessário à manutenção da ordem social e à prevenção da criminalidade.

Embora existam variações da teoria relativa, para os fins deste trabalho, com as escusas de estilo, o tema será tratado em linhas gerais, sem qualquer pretensão de exaurir a matéria.

A doutrina costuma classificar a teoria da prevenção em dois grandes grupos: teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial. A prevenção geral busca alcançar a coletividade, ou seja, pretende que o efeito da punição a determinado indivíduo reverbere entre os que não foram criminalizados. Já a prevenção especial é destinada ao condenado. As prevenções geral e especial podem ser subclassificadas em positiva ou negativa.

2.2.1. PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

A prevenção geral negativa tem por escopo intimidar a coletividade. Dessa forma, a imposição de pena a autor de um crime teria como fim intimidar terceiros, para que esses não pratiquem crimes. Com isso, almeja-se que a ameaça da pena desestimule que outros indivíduos pratiquem crimes. Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini¹², ao examinar a questão, apontam:

Partindo da premissa de que o Estado, por seu instrumento penal, ameaça todos os membros da coletividade com um mal, no caso da prática de crime, a essência da proposta se pauta no instinto do homem que, diante da possibilidade de desfrutar o prazer da infração e o risco de sofrer a dor da pena, prefere não praticar a infração.

Guilherme de Souza Nucci, examinando a prevenção geral negativa, destaca:

Um objetivo a ser alcançado pela aplicação da pena, caso as suas funções sejam bem cumpridas, é apresentar à sociedade o panorama real e efetivo de quem comete o crime. O condenado experimenta a retribuição aflitiva, servindo de exemplo aos destinatários da norma penal e indicando as consequências negativas para quem pratica a infração penal. Mas não somente a pena concretamente

¹² JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 520

aplicada tem essa finalidade, visto que a pena cominada em abstrato, também, tem a meta de servir de ilustração à sociedade acerca da consequência aplicável a quem comete crime. Essa finalidade tem sido considerada como o fator preventivo geral negativo.¹³

Patrick Cacicedo destaca que a prevenção geral negativa é o principal discurso do liberalismo contratualista, desenvolvido no seio do movimento iluminista. Segue o autor:

No que se refere à questão penal, as bases do movimento são encontradas na obra do principal iluminista, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que rompe com o retributivismo para difundir uma finalidade dissuasória da pena. Com base na teoria contratualista, o iluminista milanês apontou o fundamento do poder punitivo na cessão da liberdade individual em prol do poder soberano que garantiria a ordem social em oposição à barbárie. O exercício do poder punitivo, por conseguinte, não poderia ser levado a cabo senão para proporcionar um bem para o corpo social, o que se traduziria na prevenção dos delitos por meio da intimidação dos demais cidadãos. E tal objetivo só seria possível e legítimo se a pena aplicada àquele que rompeu o contrato social por meio da conduta criminosa observasse alguns parâmetros como a proporcionalidade, a necessidade e a culpabilidade. A utilidade social da pena seria o constrangimento da sociedade diante do exemplo da aplicação da pena, que faria com que seus membros não incidissem no mesmo equívoco.

Todavia, foi com Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach que a teoria da prevenção geral negativa ganhou corpo e densidade. Para o autor alemão, a pena deve exercer um efeito psicológico de intimidação no corpo social para que não ocorra a prática de delitos. (...) Para o autor, o Estado só teria legitimidade para tutelar a liberdade, sem poder interferir, no entanto, em questões morais ou culturais próprias do indivíduo, com uma nítida rejeição de qualquer referencial correcionalista e a consequente separação do direito da moral.

Para Feuerbach, o caráter simbólico da pena responsável pelo efeito psicológico junto ao corpo da sociedade só é possível se o Estado leva a efeito a aplicação das penas a todos os fatos delituosos ocorridos, ou seja, para que a pena cumpra seu papel é necessária a certeza e a efetividade da punição diante dos crimes cometidos. A intimidação que se pretende com a lei penal somente produzirá o efeito pretendido, portanto, com sua efetiva aplicação no mundo dos fatos, com a certeza da punição.¹⁴

Pela concepção trazida por Feuerbach, há uma quebra do imperativo categórico kantiano, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, pois, a partir da teoria da “coação psicológica”, o homem passa a servir como mero instrumento para atingir os fins do Estado.

Claus Roxin, ao analisar a prevenção geral negativa da pena, destacou que esta finalidade tende ao direito penal do terror, na medida em que o Estado, com escopo de gerar uma intimidação coletiva, e supostamente conter a criminalidade, impõe severas penas aos autores dos fatos tidos como criminosos: “o ponto de partida da prevenção geral possui

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Criminologia**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 234

¹⁴ CACICEDO, Patrick. **Pena e Funcionalismo**: uma crítica da prevenção geral positiva. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 46- 47

normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto o possível”¹⁵.

A prevenção geral negativa, tal como proposta, é a teoria com maior aceitação social, por conta da mensagem subjacente de intimidação da prática delitiva, mas não se pode olvidar das consequências nefastas da sua aplicação na prática, tais como o processo de encarceramento em massa, responsável pela superlotação dos presídios e do caótico estado de coisas dos presídios brasileiros. Ou seja, prende-se muito, prende-se mal, com objetivo de gerar intimidação na sociedade, mas, como se observa do elevado índice de criminalidade e, também, de reincidência, a finalidade está longe de ser alcançada.

2.2.2. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Segundo Mariana Thorstensen Possas¹⁶, a prevenção geral positiva surge da insatisfação com as demais teorias. Essa insatisfação, oriunda da criminologia e da sociologia criminal, era resumidas na expressão *nothing works*. Durkheim, considerado o pai da sociologia, desenvolveu a ideia de que a ocorrência de um comportamento desviante (crime praticado), e a consequente punição pelo desvio, constituem um fator de geração de solidariedade e de coesão social, uma vez que as pessoas unem seus sentimentos em decorrência do repúdio provocado pelo crime.

Para Junqueira e Vanzolini, ao analisar o tema, destacam que a “prevenção geral positiva tem como traço principal o aproveitamento da função comunicativa da pena, ou seja, a imposição da pena é um instrumento de comunicação do Estado com os cidadãos”¹⁷.

Oswaldo Henrique Duek Marques examina a teoria da prevenção geral, e destaca:

Essa nova teoria não vê na pena ameaça destinada a intimidar possíveis delinquentes, nos termos preconizados pelos defensores da chamada “coaço psicológica”, ou segundo os teóricos do absolutismo, que propõem a reafirmação do poder soberano por meio do exemplo do castigo. Ela a vê, antes, como possibilidade de reafirmação a consciência social da norma ou confirma sua vigência, mediante a imposição de sanções penais.

Consoante a prevenção positiva, mesmo após a prática da infração de uma norma, esta continua a vigorar, caso contrário estaria abalada a confiança nas relações

¹⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 23-24.

¹⁶ POSSAS, Mariana Thorstensen. O Problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 56, set./out. 2005, p. 268.

¹⁷ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 521.

sociais. Daí a necessidade da pena, pelo seu aspecto positivo de reafirmar tal vigência.¹⁸

Não se pode olvidar que essa teoria foi subdividida pela doutrina em fundamentadora e limitadora, entretanto, considerando-se a finalidade deste trabalho, elas não serão abordadas à exaustão. A subteoria fundamentadora, que teve como um dos grandes nomes Günter Jakobs, aponta que a função da pena é reafirmar a vigência da norma, formar a consciência ética e valorativa da sociedade¹⁹. Para Jakobs:

[...] a norma penal constitui uma necessidade funcional sistêmica de estabilização das expectativas sociais por intermédio da aplicação da pena ante a frustração que decorre da violação da norma. Considera-se que as interações sociais geram expectativas que devem ser asseguradas como condição de preservação do sistema social. O delito configura uma expressão simbólica de falta de fidelidade ao direito e ameaça a integridade e a estabilidade do sistema social. Por outro lado, a pena protege as condições para as interações interpessoais e tem função preventiva na medida em que assegura a validade da norma, tida como o próprio bem jurídico-penal, e restabelece a confiança para a estabilidade e integridade do sistema.²⁰

Por outro lado, a subteoria limitadora, como o próprio nome sugere, objetiva limitar a intervenção penal estatal, sem, contudo, ilidir os efeitos da subteoria fundamentadora. Ou seja, a finalidade seria a de reforçar a vigência da norma e, conseqüentemente, o respeito aos bens jurídicos tutelados. Hassemer, destaque da subteoria limitadora e um dos maiores defensores da teoria da prevenção geral positiva, sustenta que as normas não se estabilizam nas pessoas nem nos grupos pela intimidação, e sim, pelo convencimento social de que são idôneas e servem para melhorar a convivência social²¹.

Portanto, na perspectiva da prevenção geral positiva, o objetivo da pena é demonstrar e reforçar a vigência da lei (existência, validade e eficiência) e limitar a intervenção punitiva estatal. A intenção, diversamente da prevenção geral negativa, não é intimidar a coletividade, mas, sim, estimulá-la a confiar na higidez das normas e no poder do Estado de colocar em prática os comandos normativos.

¹⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 175.

¹⁹ *Idem*, p. 177.

²⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 103.

²¹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 393.

Um exemplo elucidativo da prevenção geral positiva foi trazido por Junqueira e Vanzolini: “A imposição da sanção pelo crime de peculato faz lembrar a todos os funcionários públicos que é proibida a apropriação de bens sob custódia da administração, e revitaliza a importância da proteção à coisa pública”²².

2.2.3. PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA

A prevenção especial negativa consiste na neutralização do sujeito criminalizado, para que sua enclausuração (inocuição) impeça a prática de novos delitos. Portanto, objetiva retirar, pura e simplesmente, o autor do crime, após a sua condenação – por vezes até antes – do convívio em sociedade.

Não há dúvida de que o grande desenvolvimento dessa teoria ocorreu com a Escola Positiva Italiana. Os positivistas pretenderam explicar a razão da existência do homem delinquente. Os clássicos apoiavam suas bases no livre-arbítrio, já os positivistas no determinismo, baseados em fatores físicos, individuais e sociais das ações humanas.

Junqueira e Vanzolini destacam que “No Brasil, não é difícil reconhecer o objetivo de inocuição no Regime Disciplinar Diferenciado, que não é outro que não aplacar a suposta periculosidade do castigado, eis que o isolamento não seria adequado a nenhum outro fim”. Seguem os autores:

A intimidação individual, outra faceta da prevenção especial negativa, seria aperfeiçoada com intensos suplícios no cárcere, que restariam marcadas na memória do condenado de forma a impedir que voltasse a delinquir, dado o repúdio pela pena. Mais uma vez, a perspectiva desumana da proposta se evidencia.²³

Ousa-se dizer, sem medo de usar de pretensão, que, no atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, a prevenção especial negativa é a única finalidade efetiva da pena. As agências penais brasileiras, com seus variados atores, embora dogmaticamente destaquem as outras finalidades das penas, não há dúvida que a segregação social do condenado ou do preso provisório é a única que funciona, porém funciona mal, de forma desumana e degradante, e faz tábula rasa dos princípios informadores da execução penal, em especial, a dignidade da pessoa do preso.

²² JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *op. cit.*, p. 521.

²³ *Idem, Ibidem*, p. 523.

2.2.4. PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

A prevenção especial positiva ganhou força com a Escola Sociológica e teve como um de seus inspiradores Franz von Liszt. Em 1882, Liszt publicou o “Programa de Marburgo”²⁴, artigo em que classifica os delinquentes em corrigíveis, incorrigíveis e os que necessitam de correção. Destacou de formas de atuação da prevenção especial: a intimidação, através das penas individualmente impostas; correção dos condenados pela ressocialização e; o encarceramento do sujeito irrecuperável.

Segundo os adeptos da prevenção especial positiva, a finalidade da pena seria “melhorar” o sujeito criminalizado, para prevenir, assim, que a pessoa volte a cometer crimes. Portanto, o período no cárcere teria como objetivo inserir ou readequar a pessoa presa para o convívio social.

Luís Carlos Valois²⁵ aponta que a prevenção especial positiva, em tese, teria a função ressocializadora do criminoso durante o período em que estivesse submetido à custódia do Estado. Haveria uma reforma moral ou psicológica da pessoa presa.

A função ressocializadora foi desenvolvida pelos defensores da Nova Defesa Social, que teve como um de seus maiores expoentes Marc Ancel²⁶, cujo escopo era proporcionar um direito penal humanizado e, para tanto, seria necessária a recondução do autor do crime para a sua reinserção ao convívio social. Defendia-se, abertamente, o caráter curativo da pena e da medida de segurança, a partir da completa abolição de uma dimensão retribucionista da pena.

Todavia, infelizmente, a pena privativa de liberdade, executada nos nefastos porões dos cárceres brasileiros, superlotados, insalubres, sem qualquer respeito à dignidade da pessoa presa, não é capaz de alcançar a finalidade apontada pela teoria da prevenção especial positiva. Patrick Cacicedo, com feliz precisão, retrata a infeliz perspectiva dessa finalidade da pena no cenário brasileiro:

²⁴ LISZT, Franz von. **La idea del fin em el Derecho Penal**. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada: Ed. Comares, 1995. p. 9-10.

²⁵ VALOIS, Luis Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 94

²⁶ ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social**. Trad. de Osvaldo Melo, Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 47.

Todavia, a mais contundente crítica da teoria em tela é aquela que se refere à estrutural incapacidade da pena privativa de liberdade de alcançar os fins propostos pela prevenção especial positiva. Com efeito, os deletérios efeitos do encarceramento sobre a vida das pessoas são duradouros e conflitantes com a ideia de um bem para o sujeito. A prisão, como instituição total, carrega consigo uma série de características que contribuem para a deterioração do sujeito preso e configura uma forma de infligir dor e sofrimento, que a torna incompatível com os declarados efeitos de melhora e reinserção social. A ideia de ressocializar um indivíduo retirando-o do convívio social constitui uma contradição insuperável, de modo que se torna “insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante.”²⁷

O termo ressocialização e seu pretenso efeito nasceram no contexto de um ideal humanizador do cárcere, tornou-se mero instrumento retórico, que visa a convencer a sociedade da necessidade de investir na construção de mais prisões. Mas, a ineficácia da prisão como instrumento reformador da pessoa presa é inequívoca.

Nas palavras de Valois, “a palavra *ressocialização* serve para dar um fundamento moral para a pena de prisão, serve para transferir a culpa da reincidência ao próprio preso, legitima o direito de punir, mantém viva uma sanção falida, serve para camuflar o verdadeiro intento de tão somente excluir”²⁸.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)²⁹, identificou um índice de reincidência médio de aproximadamente 30% (trinta por cento), o que evidencia a falência dessa finalidade da pena. Para além disso, não há uma política concreta de reinserção do egresso à sociedade, o que o torna, ou melhor, o mantém, como um pária.

Para Juarez Cirino dos Santos³⁰, a privação de liberdade é fator de produção de reincidência, e não o contrário, em função do processo de dessocialização que ocorre no cárcere e através do efeito secundário de estigma social que se produz no egresso.

Segue, abaixo, um quadro trazido na pesquisa realizada pelo IPEA, em parceria com o CNJ:

²⁷ CACICEDO, Patrick. *op. cit.*, p. 56.

²⁸ VALOIS, Luis Carlos. *op.cit*, p. 110

²⁹ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>

³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 484.

QUADRO 1
Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Elia Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Elia Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa IPEA/CNJ, 2013.

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>, p. 13

2.3. TEORIAS ECLÉTICAS OU MISTAS

Com as teorias ecléticas, busca-se unir mais de uma finalidade da pena, com escopo de reunir as vantagens apontadas nas teorias da prevenção. São subdivididas em teorias ecléticas aditivas e teorias ecléticas dialéticas.

2.3.1. TEORIAS ECLÉTICAS ADITIVAS

Seriam as forjadas na simples justaposição das teorias relativas ou preventivas. A pena, para os adeptos das teorias ecléticas aditivas, teria mais de uma finalidade, aproveitando-se, assim, as qualidades das teorias preventivas.

Roxin³¹ critica fortemente essa proposta unificadora, na medida em que a soma das qualidades das teorias preventivas não podem vir desacompanhadas dos seus graves defeitos. Destaca que, embora a pena possa servir para fazer justiça e intimidar a coletividade, também

³¹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. p. 26 e 44

é certo que poderá ensejar sua aplicação sem qualquer racionalidade, caminhando, a passos largos, para o Direito Penal do terror, que viola a dignidade da pessoa presa.

Ademais, Roxin³² aponta que, sem a preponderância de uma finalidade da pena, pode resultar em um verdadeiro “cheque em branco” conferido pelo legislador ao julgador, para que mensure a sanção a ser imposta de acordo com aquilo que entender mais pertinente ao caso posto a deslinde, o que pode ensejar arbitrariedades e injustiças.

É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido corretamente que cada uma das concepções contém pontos de vista aproveitáveis que seria errôneo converter em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente as três concepções tem forçosamente que fracassar, já que a pura adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável, como muito grave do ponto de vista do Estado de Direito (...) permitindo que se passe para o primeiro plano, tanto este como aquele ponto de vista, e permitindo que se utilize, em lugar de uma faculdade de ingerência já em si demasiado ampla, nada menos que três.

No mesmo sentido, Junqueira e Vanzolini asseveram que, no momento de escolher a quantidade da pena, não se saberá qual finalidade que deverá preponderar no convencimento do julgador, o que pode ensejar em fixação de penas exageradas. Citam o seguinte exemplo: “se há um furto de grande valor por sujeito primário e com boas circunstâncias subjetivas, uma sanção retributiva traria pena em grande quantidade, enquanto a prevenção especial positiva recomendaria pena branda. O mesmo poderá ocorrer na escolha da qualidade da pena”.

Em que pese a correção das críticas apontadas por Roxin, acompanhada por parte da doutrina brasileira, majoritariamente se entende que no Brasil foi adotada a teoria mista aditiva, e, para tanto, se socorrem do artigo 59 do Código Penal³³: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**.” (grifo nosso)

³²ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 26 e 44.

³³ BRASIL. CP, artigo 59, 1940, [n.p].

No entanto, o artigo 1º da Lei de Execução Penal³⁴ sinaliza, para a adoção da teoria da prevenção especial positiva, na medida em que aponta como objetivo da execução penal, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Todavia, o estado de coisas que gravitam nos estabelecimentos prisionais brasileiros aponta em sentido diametralmente oposto ao citado objetivo, consoante será exaustivamente demonstrado em tópico próprio.

2.3.2. TEORIAS ECLÉTICAS DIALÉTICAS

Na teoria eclética dialética, é reconhecida mais de uma finalidade da pena, como na aditiva, porém, uma finalidade deve preponderar. Assim, é possível a composição das finalidades da pena, mas uma delas deve ser preponderante no momento da fixação da sanção penal, o que permite maior previsibilidade nas decisões judiciais.

Roxin³⁵, afastando-se de uma concepção retributiva da pena, sinaliza que a fundamentação da sanção penal deve seguir os aspectos preventivos, gerais e especiais, embora não concomitantemente. O autor alemão agrega a culpabilidade como limite da pena, e não como seu fundamento, com escopo de impedir a fixação de sanções penais qualitativa e quantitativamente exageradas e arbitrárias, para permitir maior segurança jurídica e previsibilidade.

2.4. TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Eugenio Raul Zaffaroni³⁶ formula a teoria negativa ou agnóstica, a qual nega qualquer função positiva à pena. O criminólogo argentino entende que a pena é manifestação de poder, que não encontra explicação jurídica ou racional, mas puramente política. Para o autor, “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”.

³⁴ BRASIL. LEP, artigo 1º, [n.p].

³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, 1997, p. 96-97.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021. p. 54.

Os defensores dessa teoria fazem um paralelo entre a pena e a guerra, asseverando que ambas constituem atos políticos de violência ilegítimos, e é certo que o direito, nessas situações, deve exercer um papel unicamente limitador da violência que os caracteriza.

Patrick Cacicedo³⁷ destaca, quando examina a teoria negativa ou agnóstica da pena, pautado na doutrina de Zaffaroni, que:

A incidência do direito diante de determinados atos, especialmente aqueles que representem violência e constante violência da dignidade humana, não precisa ser necessariamente fator de sua legitimação, embora historicamente muitas vezes tenha sido. Se ao longo da história o direito tentou encontrar fundamentos legitimadores da guerra e estabelecer os parâmetros de uma guerra justa, em determinado momento os juristas reconheceram a ilegitimidade deste ato político e, diante da sua inevitabilidade, passaram a direcionar o direito internacional humanitário para a contenção dos seus deletérios efeitos concretos.

A teoria negativa da pena pretende realizar semelhante prática com o saber jurídico-penal diante da pena, vale dizer, negar a legitimidade deste exercício de poder político e, diante de sua permanência na vida social, construir formas de sua contenção e constante limitação. Não é porque a pena existe e determinada lei lhe atribui uma função positiva que o jurista precisa encontrar fundamentos legitimadores (positivos), se o cotejo com a realidade concreta demonstra sua irracionalidade e ilegitimidade com os compromissos democráticos de promoção da liberdade e dignidade da pessoa humana. O saber penal só se torna legítimo, portanto, ao reconhecer a ilegitimidade da pena e, diante disso, se constitui como um instrumento de sua constante limitação.

São quatro os pressupostos da teoria agnóstica, segundo preconizado por Salo de Carvalho:

- 1) Fundamentos políticos da pena: em que a sanção penal passa ao âmbito da política, e verifica-se uma relação tensa e desarmoniosa entre o direito e sanção criminal (distinção entre poder de punir e pretensão de punir, que não se verificaria).
- 2) Função de Controle Social da Pena: no sentido de que a sanção criminal, como instrumento político destina-se a controlar a violação da ordem social interna.
- 3) Incancelabilidade do fenômeno punitivo nas sociedades contemporâneas, o que se relaciona à constatação do avanço do punitivismo mundialmente, inobservação a resistência e os avanços proporcionais pelos discursos abolicionistas, e
- 4) A pena como fenômeno da realidade, ou seja, é a violência que se observa empiricamente, e não o que o legislador considere que seja, e, por isso, trata-se de fenômeno que deve ser contido pelo Direito (teleologias redutoras) em razão de sua pulsão violenta (tendência ao excesso).³⁸

Analisando o caótico sistema penitenciário brasileiro, conforme será apresentado neste trabalho, a concepção agnóstica da pena é a que mais reflete a realidade vivida nos

³⁷ CACICEDO, Patrick, *op. cit.*, p. 54

³⁸ CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 147-149.

cárceres brasileiros, na medida em que evidencia as reais finalidades (não declarada pela doutrina positivista) da pena, ou seja, a vida como ela é no cárcere, com as condições sub-humanas e degradantes a que são submetidas as pessoas presas. No Brasil, prende-se mal e prende-se em excesso, tudo isso fruto de uma cultura punitivista que impera no país; além disso, as pessoas encarceradas são submetidas a torturas, crueldades, não vistas pelos olhos da sociedade. É o sistema penal subterrâneo tratado por Zaffaroni³⁹.

3. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA EXECUÇÃO PENAL

A doutrina clássica define os princípios como “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, alicerçado na doutrina clássica, destaca que:

Princípio - já averbamos alhures - 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 inteligência 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.

Os princípios trazem alto grau de imperatividade, o que denota o seu caráter normativo, cogente, impositivo de observância obrigatória, cuja violação maculará de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade o ato do poder público praticado em desconformidade.

Não é diferente no âmbito das ciências criminais, uma vez que atuam como verdadeiras salvaguardas dos direitos fundamentais. Afigura-se inimaginável sujeitar os

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 57.

⁴⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 60.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748.

direitos fundamentais às regras que preconizam a supremacia do interesse geral, em detrimento ao interesse individual, quando se está em jogo a liberdade. Dessa forma, os princípios são barreiras ao poder punitivo estatal, ou deveriam ser.

Em relação à execução penal, os princípios servem de norma de contenção do poder executório estatal. Em hipótese alguma poderá o aplicador do direito interpretar a lei em desconformidade com os princípios norteadores da execução penal. Os princípios devem guiar e balizar as interpretações da lei de execução, para impedir que sejam suprimidos ou reduzidos direitos previstos nas normas de regência.

No âmbito internacional, o Brasil é signatário, dentre outros, da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que, expressamente, determinam o norte interpretativo em relação às normas referentes à execução penal.

A Convenção Americana de Direitos Humanos⁴², por exemplo, em seu artigo 29, alínea *b*, estabelece que nenhuma de suas disposições devem ser interpretadas no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade. Já o artigo 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto nº 592⁴³, de 6 de julho de 1992, preconiza:

1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidas no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.
2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Assim, a interpretação dos princípios, em matéria de execução penal, deve ser em prol da pessoa presa, ou seja, sempre deve ser aplicável, no caso concreto, à solução que mais amplia direitos e a liberdade. Esta conclusão decorre do princípio *pro homine*, que é um princípio geral de Direito, com incidência no plano internacional e, também, no âmbito

⁴² BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Artigo 29, alínea *b*: “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;” [n.p].

⁴³ BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, artigo 5º, [n.p].

interno, que impõe que a norma mais protetiva, a mais garantidora dos direitos humanos, seja aplicada.

Feitas essas considerações iniciais, a seguir serão tratados, mais detidamente, os princípios da humanidade, da legalidade, da não discriminação da pessoa presa, da individualidade da pena, da intervenção mínima, da culpabilidade, da lesividade, da transcendência mínima, da presunção de inocência e da proporcionalidade.

3.1. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade está umbilicalmente ligado ao ponto central deste trabalho. Não se pode olvidar, jamais, que são pessoas que estão privadas de suas liberdades, quer para o cumprimento de suas penas, quer pela imposição de prisões cautelares. Como seres humanos que são, devem ter preservadas intactas suas dignidades. Todavia, conforme se verá ao longo do trabalho, a realidade do cárcere brasileiro é de gritante ofensa ao princípio da humanidade. Para que se entenda esta assertiva, há que se mergulhar no conceito e buscar seus correspondentes normativos internos e externos.

Daniel Sarmiento⁴⁴, destaca que “a primeira invocação explícita da dignidade da pessoa humana em texto jurídico deu-se no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão na França, editado em 1848, em que se afirmava que ‘a escravidão é um atentado contra a dignidade humana’”.

No Brasil, a primeira sinalização do princípio da humanidade surgiu com a Constituição de 1934⁴⁵, que, em seu artigo 115, estabelecia que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”.

Todavia, as mais importantes legislações sobre a dignidade da pessoa humana surgiram somente com o fim da Segunda Grande Guerra, em resposta, especialmente, às atrocidades cometidas pelo regime nazista alemão. Dentre essas normas, podemos citar a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 3. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

⁴⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, artigo 115, 1934 [n.p].

Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos (1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007).

Cumprir destacar, pela enorme relevância, excerto do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁶, que assim dispõe: “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

O filósofo e sociólogo alemão, Jürgen Habermas, integrante da Escola de Frankfurt, a respeito do tema, asseverou:

[...] é interessante a circunstância de que somente após o final da Segunda Guerra Mundial, o conceito filosófico da dignidade humana, que entrou em cena já na Antiguidade e adquiriu em Kant a sua acepção válida atualmente, tenha sido introduzido nos textos do direito das gentes e nas diferentes constituições nacionais desde então em vigor. (...) **O apelo aos direitos humanos alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação da sua dignidade** (...). Depois de dois séculos de história conceitual moderna, reconhecemos melhor o que marcou esse desenvolvimento desde o início: a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importante ao direito. A ideia de dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta o valor moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática, de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos⁴⁷.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem inúmeras funções no sistema jurídico brasileiro. Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁸, o referido princípio é um importante fundamento da ordem jurídica e da comunidade política. Essa concepção está prevista na

⁴⁶ Organização das Nações Unidas (ONU) – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948, preâmbulo, [n.p].

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos**. São Paulo: Ed UNESP, 2012, p. 74.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Constituição, em seu artigo 1º, inciso III⁴⁹, que eleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República.

Ao alçar o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República, por certo, permite concluir que não pode ser sobreposto por qualquer outro direito presente no ordenamento jurídico brasileiro. O legislador ordinário o elegeu como farol a iluminar e guiar a interpretação das Constituições e das normas infraconstitucionais.

Sarmiento assevera que a “noção de fundamento desdobra-se em dois planos: o da legitimação moral e o hermenêutico. No primeiro, afirma-se que a dignidade constitui princípio legitimador, que confere fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica, ao estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana, e não o contrário”⁵⁰ e segue: “Como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana desempenha também um papel hermenêutico extremamente relevante, devendo guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito”⁵¹.

Assevere-se, além disso, que, no âmbito hermenêutico, a dignidade da pessoa humana atua, também, como critério para a ponderação. Portanto, se houver conflito entre princípios constitucionais, a dignidade humana servirá de critério orientador para apontar qual deve prevalecer no caso específico. Por óbvio, não é o único critério de ponderação, mas, sem dúvida alguma, é um dos mais importantes parâmetros para reduzir arbítrios e enfraquecimentos dos direitos fundamentais.

Em relação à execução penal, o princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana, conforme destaca Rodrigo Roig, “é pano de fundo de todos os demais princípios penais e se afirma como obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo”⁵².

Outrossim, o princípio da humanidade funciona como contenção à irracionalidade punitiva, que, em última instância, vai desaguar no sistema penitenciário. A Constituição da República traz alguns exemplos de normas vedatórias da irracionalidade do poder punitivo:

⁴⁹ BRASIL. Constituição, Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana” [n.p].

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 78.

⁵¹ *Idem, Ibidem*.

⁵² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria e prática. 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. P. 24-25.

a) proibição de tortura e tratamento cruel e degradante (art. 5º, III); b) individualização da pena (art. 5º, XLVI) e; c) proibição das penas de morte, cruéis ou perpétuas (art. 5º, XLVII).

Quando a Lei de Execução Penal estabelece que as “sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado” e que é “vedado o emprego de cela escura”, está a materializar o princípio da humanidade⁵³. Além disso, garante à pessoa presa alimentação suficiente e vestuário (art. 41, I, da LEP); assistência material à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (art. 41, VII, da LEP); visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (art. 41, X, da LEP) e; chamamento nominal (art. 41, XI, da LEP), todos exemplos claros de aplicação do princípio da humanidade.

No âmbito internacional, há regras atinentes à dignidade do preso previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁴, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos⁵⁵, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU⁵⁶, na Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁷, no Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU⁵⁸ e nos Princípios Básicos para o tratamento dos reclusos da ONU⁵⁹.

Em que pese essa plêiade de direitos dos presos e as vedações para o Estado, concorda-se com a posição de Rodrigo Roig, que afirma que, em “nosso país, soa paradoxal a relação entre execução da pena e humanidade, pois, com os cárceres e as agências do

⁵³ BRASIL. LEP. Art. 45, §§ 1º e 2º [n.p].

⁵⁴ Organização da Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Art. 5º. “[...] ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” [n.p].

⁵⁵ Organização da Nações Unidas (ONU), **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos**. “1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos.” [n.p].

⁵⁶ Organização da Nações Unidas (ONU), **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU**. Art. 10. “1 - Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.” [n.p].

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Art. 5º, “2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”, [n.p].

⁵⁸ Organização da Nações Unidas (ONU), **Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU**. Princípio 1. “A pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade inerente ao ser humano” [n.p].

⁵⁹ Organização da Nações Unidas (ONU), **Princípios Básicos para o tratamento dos reclusos da ONU**. Princípio 1. “Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito devido à dignidade e ao valor inerentes ao ser humano”. [n.p].

sistema penal que possuímos, a injunção da pena privativa de liberdade acaba por prescrever a própria violação de direitos humanos”⁶⁰.

A superlotação do sistema carcerário, que impõe às pessoas presas severos danos físicos, morais e psicológicos, bem como o descaso com a alimentação, saúde, vestuário, transporte etc., são claros exemplos de afronta ao princípio da humanidade. A gama imensa de direitos das pessoas presas são colocados *a latere*, esquecidos pelos gestores dos presídios brasileiros, e não contam com a esperada tutela dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Mas, não são apenas esses aviltamentos que devem ser lembrados, a exigência de que os presos do sexo masculino raspem seus cabelos, barbas e bigodes, como uma medida de higiene interna, nada mais é do que um mecanismo de coisificação, de estigmatização do encarcerado. Conforme destacada Roig, “É inegável que o cabelo e outros caracteres da aparência são componentes (físicos) da própria personalidade humana, possuindo inegável valor para a formação da individualidade”⁶¹.

A propósito, Hilde Kaufmann, em “Principios para la reforma de la ejecución penal”⁶², destaca ser coerente a percepção de que a execução penal humanizada minimiza os riscos da segurança e da ordem interna dos presídios e, a *contrario sensu*, a execução penal desumanizada é extremamente perniciosa para a segurança e a ordem interna.

Diante da ofensa à dignidade e aos direitos fundamentais das pessoas presas no sistema penitenciário brasileiro, quais os instrumentos previstos na legislação vigente e no direito comparado apresentam caminhos para o abreviamento do tempo de cárcere, ou até mesmo possibilitam o não encarceramento, com vistas aos mandamentos constitucionais e convencionais de proteção dos direitos humanos? São importantes questionamentos que, ao longo desse trabalho, procura-se responder.

⁶⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria e prática**. 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 29.

⁶¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 30.

⁶² KAUFMANN, Hilde. **Principios para la Reforma de la Ejecución Penal**. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019. p. 55.

3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, relativamente ao aspecto penal, está previsto, expressamente, na Constituição da República (art. 5º, XXXIX⁶³) e no Código Penal (art. 1º⁶⁴ do Código Penal). Ambos os dispositivos preconizam que não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal**. Pena deve ser entendida em sentido amplo, alcançando as sanções administrativas impostas no âmbito da execução penal.

O artigo 45 da Lei de Execuções Penais estabelece que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”⁶⁵. Dessa forma, a administração penitenciária não poderá aplicar sanções, por exemplo, por descumprimento dos costumes preconizados na unidade prisional. Um exemplo de costume dos presídios é a exigência que as pessoas presas ponham as mãos para trás e abaixem a cabeça diante de um agente penitenciário. Impor punição por descumprir esse costume é impor à pessoa presa uma sanção sem prévia cominação legal. Na execução penal, devemos seguir um imperativo categórico: não há execução da pena sem lei.

Além disso, não se pode olvidar que o princípio da legalidade estabelece, também, regras de interpretação. As interpretações, no âmbito das execuções penais, tal como no direito penal e no processual penal, devem ser restritivas. Portanto, não comporta analogia, nem interpretação ampliativa que possam ensejar agravamento da situação da pessoa presa.

No âmbito internacional, podemos destacar as normas previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶⁶, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o

⁶³ BRASIL. Constituição. Art. 5º. “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” [n.p].

⁶⁴ BRASIL. CP. Art. 1º - “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” [n.p].

⁶⁵ BRASIL. LEP. Art. 45. [n.p].

⁶⁶ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Art. 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. [n.p].

Tratamento de Presos⁶⁷, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU⁶⁸, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU⁶⁹.

Rodrigo Roig⁷⁰ ressalta que o princípio da legalidade pode ser decomposto em quatro funções: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (nulo o crime, nula a pena sem lei anterior); *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (nulo o crime, nula a pena sem lei certa); *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (nulo o crime, nula a pena sem lei estrita) e; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (nulo o crime, nula a pena sem lei escrita).

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, preconiza, como regra, a irretroatividade da lei penal. Uma exceção, nas execuções penais, em favor da pessoa presa, foi trazida pela Lei nº 12.433/2011, que incluiu o parágrafo 5º, ao artigo 126, da Lei de Execuções Penais: “tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação”⁷¹. A inclusão alcançou condenados que estavam a cumprir pena antes da entrada em vigor do referido dispositivo.

⁶⁷ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Regra 37: “Os seguintes itens devem sempre ser pendentes de autorização por lei ou por regulamento da autoridade administrativa competente: (a) Conduta que constitua infração disciplinar; (b) Tipos e duração das sanções que podem ser impostas; (c) Autoridade competente para impor tais sanções. d) Qualquer forma de separação involuntária da população prisional geral, como o confinamento solitário, o isolamento, a segregação, as unidades de cuidado especial ou alojamentos restritos, seja por razão de sanção disciplinar ou para a manutenção da ordem e segurança, inclusive políticas de promulgação e procedimentos que regulamentem o uso e a revisão da imposição e da liberação de qualquer forma de separação involuntária.

Regra 39

1. Nenhum preso pode ser punido, exceto com base nas disposições legais ou regulamentares referidas na Regra 37 e nos princípios de justiça e de devido processo legal; e jamais será punido duas vezes pela mesma infração.
2. As administrações prisionais devem assegurar a proporcionalidade entre a sanção disciplinar e a infração para a qual foi estabelecida e devem manter registros apropriados de todas as sanções disciplinares impostas”. [n.p].

⁶⁸ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Art. 9º, “1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.” [n.p].

⁶⁹ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Princípio 2. “A captura, detenção ou prisão só devem ser aplicadas em estrita conformidade com as disposições legais e pelas autoridades competentes ou pessoas autorizadas para esse efeito”. [n.p].

⁷⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria e prática**. 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 33-38

⁷¹ BRASIL. LEP, artigo 126, parágrafo 5º. [n.p].

Nullum crimen, nulla poena sine lege certa estabelece que os tipos penais e disciplinares, necessariamente, devem ter uma descrição clara e precisa, evitando-se redações genéricas. Redações genéricas podem contribuir para o arbítrio das autoridades encarregadas da gestão do sistema penitenciário. O artigo 50, I e III, da Lei de Execução Penal são exemplos de normas genéricas.

O **inciso I** prevê como falta grave “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”. A redação tal como posta, permite uma interpretação tendenciosa dos agentes penitenciários, que pode dar azo a arbitrariedades e abusos, uma vez que não há previsão legal definindo o que seria “subverter a ordem e a disciplina”⁷².

Já o **inciso III** estabelece como falta grave a conduta de “possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem”⁷³. Na hipótese, a indeterminação está na falta de clareza de qual “instrumento” o legislador faz referência. Sem dúvida, a indeterminação pode dar margem ao arbítrio em desfavor à pessoa presa.

Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta consiste na vedação da imposição de sanções de qualquer natureza, sem que haja expressa previsão legal, o que veda, assim, analogias como substratos para imposição de sanções no âmbito das execuções penais. O Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido da taxatividade do rol das faltas graves dispostas no artigo 50 da Lei de Execução Penal, conforme se observa nos seguintes julgados: HC nº 172.551/SP e HC nº 119.732/GO.

Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta aponta que apenas e tão somente a lei escrita pode criar crimes, faltas e sanções de toda natureza. Os costumes, no âmbito criminal, aos qual se incluem a execução penal, são utilizados, somente, para explicar ou integrar o sentido de elementos do tipo penal ou faltas administrativas. Nunca, em hipótese alguma, os costumes podem servir para impor sanções ou agravar situação de pessoas presas.

Com efeito, quer pelo regramento normativo brasileiro, quer pelas normas internacionais das quais o Brasil é signatário, não pode o magistrado ou gestor administrativo, utilizando-se do poder discricionário, limitar ou restringir direitos das pessoas presas. Não pode, ainda, criar requisitos não previstos em lei para dificultar a vida do encarcerado e privá-lo dos direitos previstos na Lei de Execuções Penais.

⁷² BRASIL. LEP, inciso I. [n.p].

⁷³ *Idem*, *Ibidem*, inciso III. [n.p].

No entanto, não é incomum, no sistema carcerário brasileiro, a imposição de sanções por atos de indisciplina não previstos em lei, como ocorre nos casos de penalidades administrativas por ofensa aos costumes penitenciários, como não baixar a cabeça e colocar as mãos para trás diante de uma autoridade. Este é o sistema penal subterrâneo⁷⁴ apontado por Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, que exerce o poder punitivo estatal ao arrepio da lei ou através de marcos legais questionáveis.

Na obra “A Pequena Prisão”, o autor relata os castigos impostos a quem ousava descumprir os costumes estabelecidos pelas autoridades administrativas e agentes penitenciários, como, por exemplo, a exigência que as pessoas presas permanecessem com a cabeça abaixada e com as mãos para trás, conforme se extrai do trecho abaixo:

– Mão pra trás e cabeça baixa, porra!
Vi, pela primeira vez, o que acontecia com quem descumpria a ordem: um violento tapa na cara, que ressoou pelo salão.
– Tá olhando o quê, caralho?!⁷⁵

Não há dúvida de que a imposição de sanção fora do rol previsto na Lei de Execução Penal, além de ofender o princípio da legalidade, atinge frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Para minorar essas ofensas, bastaria o cumprimento da LEP, o que evitaria que as pessoas presas fossem submetidas aos maus-tratos que constantemente estão sujeitas nos cárceres brasileiros.

3.3. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA PRESA

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a marginalização e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁷⁶. Não há dúvida de que esses objetivos alcançam, também, as pessoas presas, o que proíbe a discriminação em relação aos encarcerados.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 70

⁷⁵ MENDES, Igor. **A pequena prisão**. 1 ed. Edição do Kindle. p. 46-47.

⁷⁶ BRASIL. Constituição. Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. [n.p].

A norma infraconstitucional é recheada de exemplos de preservação dos direitos das pessoas privadas da liberdade. O artigo 38 do Código Penal estabelece que o “preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”⁷⁷. Já a Lei de Execução Penal, em seu artigo 3º, parágrafo único, preconiza que “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”⁷⁸.

As novas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, que traz recomendações aos estados signatários, estabelece que o “regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida durante a detenção e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos reclusos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos”⁷⁹ (Regra 5.1). Não se pode olvidar que, como regra, um dia a pessoa presa voltará para o convívio social, por isso a preservação dos direitos e a sua não discriminação são essenciais.

Anabela Miranda Rodrigues assevera ser “de primordial importância que a legislação e a prática penitenciárias se orientem no sentido da não dessocialização do recluso, objetivo que só poderá ser atingido pelo reconhecimento da cidadania do recluso pela proteção eficaz de seus direitos fundamentais”⁸⁰.

O encarceramento não retira do preso seus direitos fundamentais para além da privação da liberdade de locomoção e direitos políticos (na hipótese de condenados em cumprimento de pena), mas, para ir além, o Estado, ao assumir o mister de exercer a execução da pena, deve garantir a máxima tutela às pessoas presas diante da sua inequívoca condição de vulnerabilidade. Com efeito, essa condição coloca o Estado como garantidor dos direitos dos aprisionados. Qualquer afronta aos direitos dos presos deve ser atribuída ao Estado.

Andrew Coyle, Professor Emérito de Estudos Prisionais da Universidade de Londres, observa que:

[...] se o Estado assume para si o direito de privar alguém de sua liberdade, por qualquer razão que seja, ele também deve assumir para si a obrigação de assegurar que essa pessoa seja tratada de modo digno e humano. O fato de os cidadãos que não estão presos terem dificuldade de viver com dignidade nunca pode ser usado como justificativa pelo Estado para deixar de tratar aqueles que estão sob seus cuidados de modo digno. Esse princípio reflete o cerne da sociedade democrática,

⁷⁷ BRASIL. LEP, artigo 38 [n.p].

⁷⁸ *Idem, ibidem*, artigo 3º, parágrafo único [n.p].

⁷⁹ Organização da Nações Unidas (ONU), *op. cit.*, Regra 5.1 [n.p].

⁸⁰ RODRIGUES, Anabela de Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. Revista dos Tribunais: 2001, p. 54.

na qual os órgãos do Estado devem ser vistos como exemplos do modo como devem ser tratados todos os cidadãos.”⁸¹.

Todavia, embora a Constituição e as normas infraconstitucionais garantam a preservação dos direitos fundamentais das pessoas presas, a realidade carcerária é, em sua esmagadora maioria, absolutamente diversa. O livro “A pequena Prisão”⁸², escrito por Igor Mendes, um estudante de Geografia, preso durante as manifestações populares de 2014 contra o governo Dilma, reproduz, como nenhuma obra de criminologia foi capaz, a realidade da vida no cárcere e a supressão dos direitos das pessoas presas, que são estigmatizadas e reificadas:

A galeria consistia em 14 celas individuais, muito altas e estreitas. A cela – ou “cubículo” – é a unidade básica da cadeia. No seu interior, havia um pequeno corredor, no fundo do qual ficava a comarca e no canto o boi, separado do restante do cubículo por uma parede de cerca de 1,5 metro. O boi, além do buraco no chão e um cano usado como chuveiro, tinha um pequeno tanque, propositalmente entupido pelos presos para armazenar água. Isso era necessário porque os guardas só abriam o registro duas ou três vezes ao dia, por dez minutos cada vez. De dois em dois dias, esse tanque devia ser esvaziado, pois do contrário ficava completamente infestado com larvas de mosquito (mosquitos que, aliás, eram um dos maiores inimigos dos presos naquele inferno). As paredes sujas no interior das celas, descascadas, tinham as cores azul e branco.

Não havia, por parte da direção, qualquer preocupação com a limpeza das celas. Nos quarenta dias em que lá estive, apenas uma vez peguei em uma vassoura e, para varrer o chão, tinha que recorrer a uma camisa velha.

Obviamente também não tínhamos acesso a desinfetante, água sanitária ou qualquer produto de limpeza, e mesmo a posse de um balde nos era negada. Como, por questão de segurança, não havia ralos nas celas, nem na galeria, lavar o chão era tarefa praticamente impossível. Para lavar as roupas, tínhamos que nos contentar com água e o sabonete ralo que nos forneciam, de modo que bastavam dois ou três dias para que uma camisa branca ficasse completamente cinza. Também não tínhamos acesso a espelho ou barbeador e cheguei a ficar várias semanas sem ver o meu rosto. Quando, finalmente, pude me ver, no banheiro do Tribunal, assustei-me diante da figura magra e maltratada refletida no espelho. Colchão nunca faltou na galeria B, mas quando cheguei à penitenciária, no princípio de dezembro, os presos das galerias do “miolo” dormiam no concreto (na “pedra”, como diziam), e só no princípio de janeiro vi chegar um novo carregamento de colchões. Também faltavam roupas: lembro-me do aspecto sombrio que tinham aquelas turmas, às vezes com uma centena de presos, entrando de cabeça baixa no presídio, sem camisa, apenas com a bermuda azul da SEAP, embaixo de gritos e pancadas.

Esse dantesco estado de coisas é fruto da ideia, muito difundida entre aqueles que não conhecem a realidade do cárcere, ou que tenham uma vocação punitivista, de que o

⁸¹ COYLE, Andrew, *op cit*, p. 54.

⁸² MENDES, Igor, *op. cit.*, p. 78-79.

condenado, por ter cometido um ilícito penal, deve experimentar um grau de sofrimento mais elevado do que as pessoas livres. Essa concepção decorre do princípio da *less eligibility*, surgido na Inglaterra, em 1834, pelo Poor Law Amendment Act, que consiste na ideia de que a situação no cárcere não poderia ser mais atrativa do que a situação dos que estão em liberdade. Uma inequívoca discriminação com as pessoas presas.

Observa-se, atualmente, a incidência do princípio da *less eligibility*, especialmente, nas decisões administrativas limitadoras dos direitos das pessoas presas, como ocorre quando há vedação do recebimento de visitas, do banho de sol, isolamento do celular como punição coletiva, as quais, invariavelmente, estão consubstanciadas da supremacia do interesse geral do Estado de regular a vida da coletividade carcerária, mesmo que para isso tenha que subjugar os direitos individuais dos encarcerados. Em pleno século XXI, a sociedade, e boa parte dos operadores do direito, entendem plausível relativizar direitos fundamentais das pessoas presas, uma vez que estão a cumprir penas pelos delitos que cometeram, ou seja, um verdadeiro rebaixamento da condição humana.

Roig aponta que “é possível concluir que a combinação mais danosa aos direitos das pessoas presas tem como ingrediente o senso comum da retribuição, catalisado pela ideia da *less eligibility* e juridicamente justificado pelas teorias das relações especiais de sujeição (supremacia especial do Estado)”⁸³.

Essa concepção draconiana do *less eligibility* não deveria encontrar mais ressonância na relação entre Estado e pessoa presa. A ideia de retributividade deve ceder espaço para uma concepção garantidora dos direitos da pessoa presa, que preserve todas as garantias e direitos fundamentais não atingidos pela condição de encarcerado. Anabela de Miranda Rodrigues pontua, com razão, que “a limitação de direitos é por natureza, dessocializadora, no exato sentido em que exclui o recluso do seu estatuto social normal”⁸⁴.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, editou a Resolução CIDH de 22 de novembro de 2018⁸⁵, no caso “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”, que impôs ao Brasil que implementasse mecanismos ágeis e eficientes para resolver a questão da superlotação das prisões e a desumanidade do tratamento com as pessoas presas. São duas

⁸³ ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁴ RODRIGUES, Anabela, *op. cit.*, p. 70-81.

⁸⁵ https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf

importantes sinalizações no sentido do descumprimento, pelo Brasil, de regras mínimas de preservação dos direitos fundamentais das pessoas presas e do desprezo pelo princípio da não discriminação.

Eugênio Raúl Zaffaroni, ao analisar a questão da discriminação dos apenados pelo Estado, destaca:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.⁸⁶

Com efeito, para minimizar esse estado de coisas, são fundamentais os mecanismos de desencarceramento ou da abreviação do tempo de cumprimento de pena, conforme será demonstrado no capítulo próprio.

3.4. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL

A Constituição da República alçou o princípio da individualização da pena ao patamar de direitos fundamentais, consoante se observa da primeira parte do inciso XLVI do artigo 5º: “a lei regulará a individualização da pena”⁸⁷.

Este princípio perpassa as três funções do Estado: legislativa, judiciária e executiva. A função legislativa decorre da fixação dos limites mínimo e máximo da pena, bem como das regras para dosimetria. A função judiciária surge quando da imposição da pena, momento em que serão observados pelo magistrado sentenciante as regras estabelecidas pelo legislador. Por fim, a execução da pena ocorre, em regra, nos estabelecimentos prisionais geridos pelo Poder Executivo estadual ou federal.

Ressalte-se, por oportuno, que a individualização, na execução penal, nasceu da ideia de que a pena poderia ser uma espécie de tratamento e, assim, cada preso seria tratado de forma diferente, de acordo com suas circunstâncias e, principalmente, com seu

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sergio Lamarão. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 11.

⁸⁷ BRASIL. Constituição, artigo 5º, inciso XLVI, [n.p].

comportamento⁸⁸. Em que pese superada essa ideia, a individualização da pena, conforme destacado acima, teria o escopo de minorar as nefastas consequências da vida no cárcere.

Nilo Batista destaca que a individualização deve significar, em apertada síntese, que as autoridades carcerárias:

[...] possuem a obrigação de observar em cada pessoa presa como ser humano, considerando suas reais necessidades como sujeito de direitos. Decorrendo daí a exigência de que as autoridades administrativa e judicial dispensem um olhar humanamente tolerante, capaz de considerar a concreta experiência social e a assistência e oportunidades dispensadas aos encarcerados⁸⁹.

O critério escolhido pela LEP está intimamente ligado ao princípio da menor danosidade/onerosidade, que deve cercar as execuções penais, ou seja, não há que se impor danos para além da segregação pessoal do condenado, por isso devem ser classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, conforme se extrai do artigo 5º⁹⁰ da Lei de Execução Penal.

Alexis Couto de Brito assevera que “Os antecedentes evidenciam as peculiaridades objetivas do(s) fato(s) criminoso(s), e a personalidade as circunstâncias subjetivas de ordem psicológicas e biológicas do agente”⁹¹.

O artigo 6º⁹² da LEP preconiza que a classificação, base para a individualização da pena, deve ser feita por uma Comissão Técnica de Classificação, que elaborará o programa adequado ao condenado ou preso provisório (art. 7º, *caput*⁹³, LEP). A referida comissão deve ser presidida pelo diretor do estabelecimento prisional e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

O artigo 8º dispõe que “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos

⁸⁸ RODRIGUES, Anabela. *op. cit.*, p. 78

⁸⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 104-105.

⁹⁰ BRASIL, LEP. “Art. 5º. Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”, [n.p].

⁹¹ BRITO, Alexis Couto. **Execução Penal**. 7.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 100.

⁹² BRASIL, *op. cit.* “Art. 6º. A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.”, [n.p].

⁹³ *Idem, ibidem*. “Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, **será presidida pelo diretor** e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.” [n.p].

necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”⁹⁴. Por outro lado, o parágrafo único do referido artigo estabelece que o exame criminológico é facultativo para “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto”⁹⁵.

Todavia, poucas unidades prisionais contam com a Comissão Técnica de Classificação e, em boa parte daqueles que têm, a classificação é feita sem critérios, pautada, na maioria das vezes, pelo crime cometido ou pelo pertencimento a uma determinada facção, o que está muito longe de ser, infelizmente, um critério para a justa individualização da pena, o que fica distante do comando normativo constante do artigo 5º da LEP.

Feitas essas ponderações, não há como deixar de reconhecer que os órgãos responsáveis pela execução penal não estão preparados para aplicar as regras concernentes à individualização da pena. A Lei de Execução Penal, no que tange à individualização da pena, cumpre o papel regulamentador do inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição da República, porém, a efetivação do comando constitucional está muito distante de ser alcançado.

Inquestionavelmente, é um instrumento deveras importante, na medida em que poderia, efetivamente, separar “o joio do trigo”, caso fossem levados em conta os antecedentes e a personalidade do condenado, o que diminuiria o risco de pessoas presas, sem histórico criminoso, serem cooptadas pelas facções criminosas, tal como ocorre atualmente. Pode-se, ainda, com a classificação, oportunizar a aplicação de alternativas penais desencarceradoras, conforme será abordado em tópico próprio.

3.5. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima, sem sombra de dúvidas, é um dos mais caros princípios informadores das ciências criminais. A atuação do direito penal, para a salvaguarda dos bens jurídicos relevantes, somente deve ocorrer quando as demais áreas do direito forem absolutamente insuficientes.

Seguindo a lógica trazida por esse princípio, a pena privativa de liberdade deveria ser reservada para situações extremas, que envolvam crimes hediondos ou com violência à

⁹⁴ BRASIL, LEP, artigo 8º, [n.p].

⁹⁵ *Idem, ibidem.*

pessoa, uma vez que, nessas hipóteses, em tese, medidas não encarceradoras poderiam não ser adequadas para os fins da pena.

A população carcerária que cumpre pena no regime fechado, semiaberto e, pasme-se, no aberto, bem como os presos provisórios, demonstram que há um descompasso entre o postulado da intervenção mínima e a realidade do sistema penitenciário brasileiro. Hoje, em celas físicas nas unidades prisionais brasileiras, pelos dados disponibilizados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais - SENAPPEN, atualizados até 30 de junho de 2023, soma uma população de 649.592 pessoas. Desse total, 517.838 foram presos por crimes violentos/hediondos. Em uma análise preliminar, sem muito apego científico, conclui-se que, com a alteração legislativa sugerida, ao se restringir o encarceramento apenas para aqueles que cometeram crimes dolosos de natureza violenta (violência ou grave ameaça) ou hediondos, já seria suficiente para retirar do sistema prisional 131.754 pessoas presas.

A intervenção mínima na execução penal, especialmente nas questões disciplinares que resultem em falta grave e suas consequências, deve ter incidência peremptória. Ou seja, a imposição das sanções disciplinares deveriam ser a *ultima ratio*, tal como ocorre, em tese, com as normas penais. Todavia, a realidade dos presídios brasileiros é outra. Castigos são impostos às pessoas presas, muitas e muitas vezes, sem que tenham cometido qualquer falta grave. O isolamento celular do preso, que deveria ser a última da última opção, acaba por ser utilizado, indiscriminadamente, por agentes carcerários cruéis e despreparados.

Uma ideia dos castigos e das torturas impostas às pessoas presas pode ser extraída do excerto do livro a “A Pequena Prisão”, obra já citada acima, em que o autor relata alguns momentos angustiantes vivenciados no cárcere⁹⁶:

O convívio com a tortura era parte inseparável da rotina em Bangu 10. A qualquer hora do dia ou da noite, mas principalmente durante o dia, quando chegavam novas turmas de presos, os espancamentos, xingamentos, humilhações e toda sorte de covardias vinham nos recordar onde estávamos.

[...]

Tudo nos parece terrivelmente caótico e os guardas nos surgem como bestas-feras, sádicos.

[...]

Às vezes também víamos, nas mãos dos guardas, objetos de madeira, correntes.

A Organização das Nações Unidas editou os “Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos”. O enunciado do princípio 7 aponta que os países membros da ONU devem

⁹⁶ MENDES, Igor. *op. cit.*, p. 87-88.

empreender esforços tendentes à abolição ou restrição do regime de isolamento, como medida disciplinar ou de castigo⁹⁷.

No mesmo sentido, dispõe o princípio 22 dos “Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”⁹⁸:

Serão proibidas, por disposição da lei, as medidas ou sanções de isolamento em celas de castigo.

[...]

O isolamento só será permitido como medida por tempo estritamente limitado e como último recurso, quando se mostre necessária para salvaguardar interesses legítimos relativos à segurança interna dos estabelecimentos, e para proteger direitos fundamentais, como a vida e a integridade das próprias pessoas privadas de liberdade ou do pessoal dessas instituições.

De todo modo, as ordens de isolamento serão autorizadas por autoridade competente e estarão sujeitas ao controle judicial, uma vez que seu prolongamento e aplicação inadequada e desnecessária constituiriam atos de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Com efeito, da mesma forma que são concebidas alternativas à pena privativa de liberdade, também devem ser estabelecidas alternativas às sanções disciplinares, em especial a de isolamento, em virtude dos danos físicos e psicológicos que provoca⁹⁹.

Estamos diante de um cenário preocupante, de visceral afronta à dignidade das pessoas presas, razão pela qual a intervenção estatal com vistas a recrudescer o cumprimento da pena deve ser a *ultima ratio*. Com efeito, é imperiosa a adoção de medidas desencarceradoras, bem como de políticas redutoras de imposição de penas privativas de liberdade em relação às condutas de baixa lesividade.

3.6. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

A doutrina majoritária define o crime como fato típico, antijurídico e culpável. Ausente qualquer dos elementos, não há que se falar em crime. Dessa forma, cumpre ao órgão acusatório demonstrar a presença de todos os elementos. O órgão julgador deve, diante das provas produzidas durante a instrução processual, examinar se estão presentes todos os elementos que compõem o conceito de crime, para, ao final, decidir. Ou seja, o magistrado analisa inicialmente se a conduta é típica (subsunção do fato a norma), na sequência se é

⁹⁷ https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf

⁹⁸ <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf>

⁹⁹ ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 52.

antijurídica (contrária ao direito) e, por fim, se estão presentes os elementos para demonstrar a culpabilidade do agente.

A culpabilidade, como elemento integrante do conceito de crime, é requisito do delito e pressuposto para a aplicação da sanção penal. O conceito de culpabilidade evoluiu ao longo do tempo.

No período causal-naturalista, desenvolveu-se o conceito **puramente psicológico** da culpabilidade, que se sustenta no juízo de reprovação por elementos puramente subjetivos: capacidade de responder pelo fato e previsão do resultado lesivo¹⁰⁰. Franz von Liszt, representante de escola causal-naturalista, atribuía a responsabilidade criminal do agente a sua imputabilidade e a possibilidade (previsibilidade) da imputação do resultado produzido com dolo ou culpa¹⁰¹.

Com Edmund Mezger, houve a **transição do conceito psicológico para o normativo** da culpabilidade. A culpabilidade deixa de ter um liame puramente psicológico, tornando-se a reprovabilidade da conduta ilícita, ou seja, um juízo negativo da ação ou omissão do agente. A valoração negativa da conduta, esse juízo de censura, junta-se com os elementos subjetivos, e transformam a culpabilidade em um elemento formado pela imputabilidade, dolo ou culpa (elemento subjetivo) e reprovação (juízo negativo da conduta).

Na terceira quadra, Hans Welzel, como um dos precursores da teoria finalista do delito, desenvolveu o conceito **puramente normativo** da culpabilidade. Há uma importante reestruturação da culpabilidade, deslocando-se os elementos subjetivos (dolo ou culpa) para a tipicidade. Segundo Welzel, a culpabilidade mantém o juízo de reprovação pessoal quando o autor pratica o injusto penal, apesar de ter podido se comportar conforme a norma¹⁰².

Por fim, temos a concepção pós-finalista da culpabilidade, desenvolvida pelos funcionalistas. **Günther Jakobs** sustenta que a culpabilidade do agente é medida pela falta de motivação do sujeito de se comportar conforme a norma. Para Jakobs somente pode cumprir determinada ordem a pessoa que tem a vontade de acatá-la, é capaz de reconhecer que essa ordem é dirigida a ela e pode saber o que fazer para cumprir tal ordem¹⁰³. Assevera, ainda, que, quanto maior a distância que separa um sujeito dos conhecimentos necessários,

¹⁰⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schimitt. **Direito Penal Parte Geral: lições fundamentais**. 7ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 782.

¹⁰¹ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal Alemán**. Madrid: Valletta, 2007, p. 249-250.

¹⁰² WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Jurídica do Chile, 1997, p. 148-149.

¹⁰³ JAKOBS, Günther. **El principio de culpabilidad**, 1992, p. 1053-1054.

menor será sua culpabilidade, e quanto maior a possibilidade de superar o desconhecimento, maior será sua culpabilidade¹⁰⁴.

Claus Roxin, outro importante representante do funcionalismo, pontua que a culpabilidade tem função limitadora da pena, em decorrência da sua finalidade preventiva. Para Roxin, a culpabilidade, de *per si*, não possibilita a imposição da sanção penal, mas tão somente tem o caráter limitador. Para ele, apenas haverá legitimação para a imposição da pena com a responsabilidade, uma nova categoria da teoria do crime. Crime para Roxin seria a somatória do injusto penal (tipicidade e antijuridicidade) com a responsabilidade (culpabilidade e necessidade preventiva da pena)¹⁰⁵.

São elementos da culpabilidade: (a) imputabilidade, que é a capacidade do sujeito responder criminalmente; (b) potencial conhecimento da ilicitude, que consiste, em síntese, na possibilidade do agente saber que a sua conduta é proibida e; (c) exigibilidade da conduta diversa, que impõe um comportamento diferente do injusto penal, ou seja, se naquela situação fática poderia exigir um comportamento diferente do sujeito.

A **imputabilidade**, como elemento essencial à conformação da culpabilidade, adota o critério biopsicológico, que exige duas condições: idade mínima, que no Brasil é de 18 anos, e desenvolvimento mental completo. Dessa forma, inimputável são os menores de 18 anos e os que, por qualquer problema mental, não têm a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato, ou de se comportar de acordo com a norma. Ao inimputável não é imposta pena, mas sim medida de segurança.

O **potencial conhecimento da ilicitude** ganhou relevância com a nova estruturação da teoria do delito trazida pelo finalismo. Com o deslocamento do dolo para a tipicidade, a consciência e a vontade passaram a compor esse elemento informador do crime. Para a culpabilidade, restou o potencial conhecimento de que seu comportamento está em desacordo com a norma e é vedado. Há circunstância pessoais e fáticas que retiram o potencial conhecimento da ilicitude, como, por exemplo, não se pode exigir que um agricultor, que viveu a vida inteira no meio rural, e que utiliza agrotóxico sem registro na contenção das pragas, tenha conhecimento da vedação do uso.

Já a **exigibilidade de conduta diversa** consiste em examinar, diante do caso concreto, se o agente poderia ter agido de outra forma, em vez de praticar o injusto penal.

¹⁰⁴ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 1055.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p 791.

Todas as pessoas, como regra, devem adotar um padrão comportamental consentâneo ao que preconizam as normas materiais penais, em especial, não se age de modo a atingir um bem jurídico tutelado.

São excludentes de culpabilidade previstas no ordenamento positivado brasileiro a coação moral irresistível e a estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, emanada de superior hierárquico. Além das positivas, a doutrina desenvolveu como excludente supralegal a inexigibilidade de conduta diversa.

No **âmbito da execução penal**, as regras sobre a culpabilidade, e seus elementos constitutivos, devem ser respeitadas integralmente. A imputabilidade é pressuposto para que o condenado ou o preso provisório sejam submetidos à privação da liberdade. Já em relação aos demais elementos da culpabilidade – potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade da conduta diversa – estes necessitam de uma atenção mais detalhada em relação à vida no cárcere.

O artigo 46 da Lei de Execução Penal estabelece que “O condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares.”¹⁰⁶ Todavia, a realidade do cárcere é diferente. Como regra, os condenados ou presos provisórios não são informados sobre as referidas normas. Assim, como exigir que tenham potencial conhecimento da ilicitude, diante da sonegação das informações pelas autoridades responsáveis? Não se pode olvidar que a cientificação das normas disciplinares é um direito da pessoa presa e um dever do Estado, sendo certo que sua falta deveria ensejar a ausência de culpabilidade e, conseqüentemente, a impossibilidade de imposição de penalidades administrativas.

Em relação à exigibilidade de conduta diversa, o preso que incorre em falta disciplinar, tendo em vista ter sofrido uma ameaça concreta de morte de algum parente seu, agiu mediante coação moral irresistível, e deve, portanto, ser afastada a sua culpabilidade. Não há como exigir que, diante dessa ameaça, comporte-se nos moldes preconizados pela lei.

Outra prática atentatória ao princípio da culpabilidade na execução penal são os etiquetamentos dos encarcerados como perigosos, rebeldes, subversivos etc., sem qualquer vinculação com fatos por eles praticados. São verdadeiras aplicações da nefasta teoria do

¹⁰⁶ BRASIL. LEP, artigo 46, [n.p].

direito penal do autor. Rodrigo Roig, ao examinar a questão, afirma que, com tais juízos, “o ônus probatório é invertido do Estado para a pessoa presa, que precisa provar a improcedência da imputação valorativa a ela realizada, em claro prejuízo ao contraditório, ampla defesa e presunção de inocência”¹⁰⁷, uma inequívoca afronta ao estado de inocência que deve permear todos os fatos imputados a alguém.

Com efeito, nessa quadra histórica, não há mais espaço para sanções penais pautadas na reprovação moral e ética do agente. Não há como impor faltas disciplinares no âmbito da execução penal pautada, por exemplo, na periculosidade, abstrata, da pessoa presa. Tratar de forma diversa impõe ao encarcerado um agravamento da situação para além da reprovabilidade do fato praticado.

A imposição de sanção administrativa desacompanhada da comprovação da culpabilidade da pessoa presa torna ainda mais desgastante a vida no cárcere.

3.7. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Pelo princípio da lesividade, apenas pode ser punível a conduta exteriorizada e capaz de lesionar ou ameaçar concretamente um bem juridicamente protegido. Nesse sentido, cumpre trazer a lição de Juarez Tavares¹⁰⁸:

O bem jurídico, agora, fundamenta e delimita os contornos do princípio da lesividade. Uma vez que o bem jurídico constitui um pressuposto de qualquer incriminação, pode-se dizer que o princípio da lesividade se transmudou em verdadeira regra de atendimento obrigatório. O princípio da ofensividade está vinculado diretamente ao princípio da danosidade social, como expressão do que se convencionou chamar de merecimento de pena. De acordo com essa danosidade social tem-se que a punição de uma conduta lesiva ou perigosa ao bem jurídico só deve ser levada a efeito, no direito penal, quando não ficar reduzida ao confronto entre autor e vítima, mas importar a todas as pessoas, indistintamente. Uma vez, então, que se exija a exteriorização da conduta lesiva ou perigosa, será possível determinar a diferenciação entre direito e moral. O fortalecimento do direito, como instituição autônoma da ordem jurídica, fundamenta também o direito penal do fato, o qual se contrapõe ao direito penal do autor.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁰⁹. Além da inafastabilidade de

¹⁰⁷ ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁸ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 88.

¹⁰⁹ BRASIL, Constituição, artigo 5º, inciso XXXV, [n.p].

jurisdição, o dispositivo constitucional traz o princípio da lesividade como parâmetro normativo.

Há que se questionar, por exemplo, qual seria a lesividade da conduta daquele indivíduo que é surpreendido na posse de pequena quantidade de drogas? Qual o bem jurídico atingido por essa pessoa portadora de 20g de maconha? Conforme será abordado mais detidamente no capítulo referente à “Política de Desencarceramento”, a política de “combate as drogas” é uma das grandes responsáveis pelo aumento exponencial da população prisional brasileira e mundial.

No Brasil, este fato caminha de mãos dadas com um agravante, a discriminação das pessoas pobres, pretas e pardas, quando surpreendidas na posse de pequena quantidade de droga, pois são etiquetadas como traficantes, tratamento diverso do que é imposto aos brancos, ricos e moradores de áreas nobres das cidades, que, em situações análogas, são considerados meros usuários.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a enfrentar essa questão no RE nº 635659/SP e, por larga maioria de votos, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, o que resultou, com isso, na descriminalização do porte de pequena quantidade de drogas. Essa decisão impactará, positivamente, na diminuição da população carcerária, conforme abordaremos no capítulo 4, referente à “Política de Desencarceramento”.

Por outro lado, não se pode olvidar da escandalosa afronta ao princípio da lesividade constante, expressamente, no artigo 52, §1º, inciso I, da Lei de Execução Penal, com redação alterada pela Lei nº 13.964/2019, ao impor o regime disciplinar diferenciado (RDD), aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, “que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.”¹¹⁰

Não se está a impor, na espécie, regime prisional mais severo por ato praticado pela pessoa presa durante o tempo de cárcere, mas por uma situação abstrata, o que afronta o princípio da lesividade, que exige a lesão ou ameaça concreta a um bem juridicamente protegido pela norma. Tal situação se aproxima, fortemente, ao direito penal do autor.

¹¹⁰ BRASIL, LEP, artigo 52, §1º, inciso I, [n.p].

Ademais, mesmo quando se considera a natureza cautelar do dispositivo, o “alto risco” deve ser real e contemporâneo, e não pode ser hipotético ou pautado em situações ocorridas no passado.

Outro exemplo da ofensa ao princípio da lesividade está no artigo 57 da LEP. O *caput* do referido dispositivo prevê que “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”¹¹¹.

Depreende-se, do dispositivo acima, que um dos critérios para aplicação de uma sanção disciplinar é a “pessoa do faltoso”, que consagra abertamente o direito penal do autor, e não o direito penal do fato. Ou seja, na dúvida sobre o cometimento de uma falta grave, fica facultada a imposição da sanção levando-se em conta a “pessoa”, e não o fato, o que pode, além de resultar em injustas penalidades, como abrir espaço ainda maior para o arbítrio, torna ainda mais gravosa a vida no cárcere.

Com isso, a vida nos superlotados, degradantes e desumanos presídios tem mais esses ingredientes que servem tão somente para brutalizar as pessoas a eles submetidas. Como esperar que um egresso saia ressocializado da prisão, quando a própria Lei de Execução Penal lhe impõe injustiças? Não há dúvida de que a única alternativa é a implementação de uma política séria de desencarceramento.

3.8. PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA MÍNIMA

Este princípio é tratado por grande parte da doutrina e, também, pela Constituição, como princípio da intranscendência, conforme se extrai do inciso XLV¹¹² do artigo 5º da CR e do artigo 5º, item 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹³.

Todavia, analisando-se o sistema penal, concretamente, conclui-se que os efeitos transcendem a pessoa presa, uma vez que, inevitavelmente, afetam os familiares. A vida da família do preso vira do avesso. Por isso, seguindo Rodrigo Roig, será adotada a denominação de princípio da intranscendência mínima.

¹¹¹ BRASIL, LEP, artigo 57, *caput*, [n.p].

¹¹² BRASIL, Constituição, artigo 5º, inciso XLV – “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”, [n.p].

¹¹³ BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Art. 5º, item 3. “A pena não pode passar da pessoa do delinquente.”, [n.p].

Um exemplo claro e expresso na Lei de Execução Penal consiste na restrição ou proibição de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, por deliberação da administração carcerária (art. 41, X¹¹⁴, c/c parágrafo único¹¹⁵ e art. 53, III¹¹⁶, ambos da LEP), uma vez que os próprios visitantes têm afetados seus direitos de acesso e visita aos presos. Rodrigo Roig destaca que “mesmo diante de uma falta grave disciplinar praticada pela pessoa presa, a suspensão de visitação não deve ser utilizada como punição, e em hipótese alguma pode conduzir à privação do direito de seu familiar”¹¹⁷.

As novas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos vedam, expressamente, sanções disciplinares ou medidas restritivas que incluam a proibição de contato com a família (Regra 43.3).

Outro exemplo de vulneração do princípio da transcendência mínima consiste na alocação da pessoa presa em unidade distante da residência dos familiares, o que dificulta e encarece a preservação dos laços familiares. Para além da ofensa ao princípio em tela, trata-se de ato desumano e cruel, mas, infelizmente, muito comum no sistema penitenciário brasileiro.

A doutrina nacional traz outro exemplo de afronta ao princípio da transcendência mínima, consistente na vedação de visitação quando o visitante está cumprindo pena em regime aberto ou livramento condicional¹¹⁸. Examinando essa questão, o Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp nº 1487212/DF, pontuou que o direito de visitação não pode ser negado à companheira do condenado, por ela estar cumprindo pena por tráfico sob regime aberto, uma vez que esse só lhe restringe os direitos atingidos pelo efeito da sentença condenatória, e não ao gozo dos demais direitos individuais.

Dispõe a Lei de Execução penal, em seu artigo 41, inciso X, que é assegurado ao preso o direito de receber a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados. Este dispositivo consagra a relevância da presença dos familiares e do apoio destes para a reeducação e reinserção do sentenciado na sociedade. No entanto, esse direito não é absoluto ou irrestrito, podendo ser restringido ou suspenso a depender das circunstâncias do caso concreto. Na hipótese em análise, conforme se depreende da decisão supracitada, foi indeferida a visita da companheira do recorrente pelo fato de ela encontrar-se

¹¹⁴ BRASIL, LEP. Art. 41, X – “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;”, [n.p].

¹¹⁵ *Idem, ibidem*. Art. 41, Parágrafo único. “Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”, [n.p].

¹¹⁶ *Idem, ibidem*. Art. 53, III – “suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);”, [n.p].

¹¹⁷ ROIG, Rodrigo. *op. cit.* p. 57.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 60.

cumprindo pena por tráfico de drogas e também ao argumento de que "É necessário resguardar a própria requerente dos efeitos maléficos advindos do contato com internos, não necessariamente o seu companheiro/familiar, que estejam à procura de pessoas para ingressar com drogas no presídio, diante especialmente da atual situação da requerente perante a VEPEMA."
(Brasil. STJ, 2016)

Por fim, um exemplo clássico de transcendência consiste na imposição de sanções disciplinares aos presos por condutas dos visitantes. Visitantes que são pegos tentando ingressar com objetos ilícitos no presídio, pelo princípio da intranscendência, devem ser responsabilizados, individualmente, por essa conduta, e isso não pode alcançar os presos. Nesse sentido, o STJ já decidiu que a imposição de falta grave ao executado, por transgressão de terceiros, deve ser afastada (Brasil, STJ, 2019):

1. O Desembargador da Corte de origem, ao realizar a análise fático-probatória do caso, ressaltou que o Paciente não teve a posse do objeto, bem como não se comprovou a solicitação de envio do produto apreendido, de modo que, como já afirmado na decisão ora impugnada, deve-se aplicar o entendimento de que o reconhecimento da prática de falta grave em razão da conduta praticada por terceiro, que enviou a encomenda via SEDEX, viola o princípio constitucional da intranscendência (art. 5.º, inciso XLV, da Constituição da República), o qual preconiza que ninguém pode ser responsabilizado por ato praticado por terceira pessoa.
2. Agravo regimental desprovido.

3.9. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em que pese a esmagadora maioria da doutrina denominar o princípio como da presunção de inocência, prefere-se, aqui, tratá-lo como “estado” de inocência, uma vez que é o *status* em que todas as pessoas se acham até que advenha a imposição de uma condenação definitiva.

O estado de inocência deve permear, também, toda fase da execução da pena, com escopo de impedir que sejam impostos aos condenados sanções administrativas (pelas faltas cometidas), sem o esgotamento das vias recursais. Porém, é isso que se observa na vida no cárcere?

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu Artigo 11, “1”, preconiza que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida

inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”¹¹⁹.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), em seu artigo 8º, item 2, estabelece que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”¹²⁰.

No âmbito do “Conjunto de Princípios da ONU para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão”¹²¹, há dois dispositivos que expressamente fazem referência ao “estado de inocência”. O “princípio 8” dispõe que: “A pessoa detida deve se beneficiar de um tratamento adequado à sua condição de pessoa não condenada. Dessa forma, sempre que possível, será separada das pessoas presas” (ONU, 1988, n.p). Já o princípio 36, 1 ressalta que:

“A pessoa detida, suspeita ou acusada da prática de infração penal presume-se inocente, devendo ser tratada como tal até que sua culpabilidade tenha sido legalmente comprovada no curso de um processo público em que ela haja usufruído de todas as garantias necessárias à sua defesa.” (ONU, 1988, n.p).

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória.”¹²²

O Código de Processo Penal, em seu artigo 283, *caput*, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, pontua as hipóteses de possibilidade de prisão no Brasil: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de **condenação criminal transitada em julgado**.”¹²³

Com efeito, em que pese a clareza e a inequívoca conformação da parte final do dispositivo infraconstitucional com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, houve a necessidade do ajuizamento de Ações Declaratórias de Constitucionalidade do referido dispositivo do estatuto processual penal.

¹¹⁹ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.*, artigo 11, “1”, [n.p].

¹²⁰ BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, artigo 8º, item 2, [n.p].

¹²¹ Organização das Nações Unidas (ONU). **Resolução nº 43/173 da Assembleia Geral da ONU**, de 9 de dezembro de 1988.

¹²² BRASIL, Constituição, artigo 5º, inciso LVII, [n.p].

¹²³ BRASIL, CPP, artigo 283, *caput*, [n.p].

O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 7 de novembro de 2019, no julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, pela constitucionalidade do artigo 283, *caput*, do CPP, com a redação trazida pela Lei nº 13.964/2019. A referida decisão simplesmente fez cumprir um comando constitucional, assim, dizer o contrário, é defender que os direitos e garantias fundamentais do homem, insculpidos no artigo 5º da Constituição, podem ser flexibilizados.

No âmbito das execuções penais, o STF¹²⁴ pontuou que representa nítido desrespeito ao princípio da presunção de inocência a restrição aos direitos das pessoas presas por existir inquérito ou ação penal em curso contra elas, na medida em que representaria inequívoca antecipação de um juízo condenatório.

“5. Negar a progressão de regime com fundamento apenas na situação processual indefinida do réu implica antecipação de juízo condenatório. É certo, todavia, que o ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunção ou em meras suspeitas, consagrando o princípio da presunção da inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, verbis: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (Brasil, STF, 2011).

Cumprir destacar, que alguns desrespeitos ao princípio do estado de inocência podem ser observados na própria LEP. O artigo 52 da LEP dispõe que:

“A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado(...)”¹²⁵

Consoante se observa do referido dispositivo, presos provisórios, que, por conseguinte, ainda preservam o estado de inocência, podem ser submetidos ao rigoroso regime disciplinar diferenciado, o que estaria em descompasso com o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição.

O parágrafo 1º, inciso II, do referido artigo 52, é outro exemplo de ofensa ao princípio do estado de inocência. O referido dispositivo estabelece outra possibilidade de imposição do RDD, em contramão ao que enuncia o inciso LVII do artigo 5º da Constituição, conforme

¹²⁴ BRASIL. STF. HC 79.497/RJ, 2ª T., j. 19-10-1999; HC 99.141/SP, 1ª T., j. 29-3-2011.

¹²⁵ BRASIL. LEP, artigo 52, [n.p].

se pode observar: “sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave”¹²⁶.

Quando se analisa o dispositivo, o preso provisório, em decorrência de existirem fundadas suspeitas de ele pertencer a organizações criminosas, associação criminosa ou milícia privada, já seria alocado nesse grave e severo regime de cumprimento de pena, não tendo, sequer, a oportunidade de exercer direito de defesa antes da implementação do RDD.

Não se pode perder de vista que, conforme lição de Rodrigo Roig, “o estado de inocência demanda que nenhum direito da execução penal (progressão de regime, livramento condicional, saída temporária etc.) seja obstado pelos simples fatos de o prisioneiro estar indiciado por outro delito ou mesmo ser réu em processo diverso, independentemente da natureza da infração penal”¹²⁷.

Outra questão a ser abordada é a prevista no §6º do artigo 112 da LEP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019. A referida inovação na sistemática de progressão de regime, consistente na introdução de uma hipótese de interrupção da progressão, quando o reeducando comete falta grave, reinicia-se o prazo com base na pena remanescente. Há, no entanto, algumas premissas que devem ser seguidas com o novel dispositivo, para que não haja ofensa ao princípio do estado de inocência. Nesse sentido, Rodrigo Roig aponta:

Em **primeiro lugar**, mostra-se inválida a interrupção cautelar do prazo do prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, tendo em vista a necessidade de respeito ao princípio constitucional da presunção (estado) de inocência, aplicável em matéria disciplinar. (...)

Em **segundo lugar**, a prática de falta posteriormente ao vencimento da progressão não pode produzir a interrupção ou a recontagem de seu prazo, uma vez que seria absolutamente ilógico interromper um prazo já vencido, além do que os requisitos subjetivos para progressão devem ser aferidos na data do implemento do requisito objetivo, sendo certo que a progressão só não foi deferida na data de seu vencimento por demora jurisdicional (a mora jurisdicional não pode ser imputada ao apenado).

Em **terceiro lugar**, não se pode falar em interrupção da progressão para presos que, à época da falta, sequer tinham sido condenados. Por questão lógica, se não há pena aplicada à época do fato, não há o que ser interrompido. Aplica-se aqui o princípio da atividade (art. 4º do CP), que regendo crimes deve obviamente reger faltas disciplinares. A interrupção nessa hipótese produzia ruptura da segurança jurídica e da legalidade.

Em **quarto lugar**, a contagem do novo período aquisitivo para a concessão da progressão de regime jamais pode ter início na data da punição disciplinar ou da inserção do condenado no regime mais gravoso, mas sim na data da infração

¹²⁶ BRASIL. LEP, artigo 52, parágrafo 1º, inciso II, [n.p]

¹²⁷ ROIG, Rodrigo. *op. cit.* p. 63.

disciplinar, solução essa mais favorável ao condenado, que independe de eventual mora no julgamento da falta disciplinar e que se mostra sistematicamente mais coerente, pois segue a teoria da atividade que rege o tempo do crime (art. 4º do CP).

Em **quinto lugar**, o art. 112, §6º, que prevê a interrupção do prazo, necessita sofrer uma filtragem constitucional a partir dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da intervenção mínima. Nessa ótica, ainda que reconhecida a presença de falta grave, o juízo da execução deve possuir a liberdade de, no caso concreto, individualizar a sanção e, prezando pela proporcionalidade e mínima intervenção penal, aplicar outros consectários da falta grave que não a interrupção da contagem do prazo de penas altas que, diante da interrupção, acarretam elevação desmesurada do prazo de progressão – às vezes por anos –, aproximando ontologicamente faltas disciplinares graves e crimes.¹²⁸

Diante de uma necessidade imperiosa de desencarceramento, desrespeitar as premissas expostas contribuirá para agravar, ainda mais, o caos do sistema carcerário, superlotado, desumano e cruel. Nunca se deve perder de vista que são seres humanos cumprindo suas penas, e, como tal, devem ter preservadas a dignidade.

Rodrigo Roig estabelece, ainda, que em “uma nova visão sobre a relação indivíduo-Estado, é possível afirmar que o princípio da presunção de inocência na execução penal traz consigo a correspondente presunção de responsabilidade do Estado por fatos atentatórios à dignidade das pessoas presas”¹²⁹.

3.10. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade deve permear toda ciência criminal, partindo da elaboração legislativa com a eleição dos bens juridicamente relevantes para serem tutelados penalmente, e perpassa pela atuação do juízo de conhecimento e, na eventualidade de uma condenação, durante todo o processo de execução penal.

Alexy¹³⁰ desmembrou o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, a adequação do meio utilizado para a persecução do fim; a necessidade desse meio utilizado, o que implica a verificação da inexistência de outros meios menos gravosos e; por fim, a aplicação, estrito senso, da proporcionalidade, que consiste na verificação da intensidade e da importância da intervenção em um direito fundamental.

¹²⁸ ROIG, Rodrigo. *op. cit.*, p. 277-278.

¹²⁹ *Idem, ibidem*. p. 63.

¹³⁰ ALEXY, Robert. Constitutional rights and proportionality. **Revus** 22, 2014. Disponível em: <https://revus.revues.org/2783>. Acesso em 4 mar. 2016.

Juarez Cirino dos Santos¹³¹ pontua que o princípio da adequação e o princípio da necessidade têm por objeto a otimização das **possibilidades da realidade**, do ponto de vista da adequação e da necessidade dos meios em relação aos fins propostos. Santos segue ressaltando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou princípio da avaliação) que tem por objeto a otimização das **possibilidades jurídicas**, no nível da criminalização primária e da criminalização secundária, do ponto de vista da proporcionalidade dos meios (pena criminal) em relação aos fins propostos (proteção de bens jurídicos).

Em relação à execução penal, Rodrigo Roig, destacou que “é imperioso conceber uma nova dimensão da proporcionalidade na execução penal sob o viés redutor de danos. Isso significa reinterpretar seu alcance a partir da Constitucional de 1988 e da ótica do condenado”¹³². Roig interpreta os subprincípios à luz da execução penal:

Nesse sentido, é possível vislumbrar adequação como a exigência de que a execução da pena esteja em consonância com a vontade do constituinte, sob pena de inconstitucionalidade. A vontade do constituinte, extraída do princípio da humanidade das penas, consiste precisamente na minimização da afetação das pessoas presas. Adequado, portanto, é o meio de execução penal que melhor contribua para a promoção dos fins propugnados (redução de danos).

Já a vertente da necessidade tem como principal função determinar ao Poder Público que o manejo das normas sobre execução penal se atenha aos limites estritamente necessários de intervenção em direitos elementares do sentenciado. Assim, considera-se necessário o instrumento que, entre os disponíveis, onere o preso (e seu círculo familiar) de forma menos onerosa.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o ônus imposto pela norma ou medida seja inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade. Corrigindo-se o significado de ônus e benefício de uma norma no âmbito da execução penal, é imprescritível destacar desde logo as concepções defensivas (tendentes à supressão de direito pela pretensa necessidade de segurança, ordem e disciplina), retributivas (tendentes ao excesso e ao apego a juízo abstrato do delito que nenhuma relação possui com a execução) e preventivo-especiais da pena (tendentes a aceitar que o ônus da dor infligidas pela privação da liberdade é compensado pelo benefício da “reforma” ou “ressocialização” do condenado).¹³³

Depreende-se, dos apontamentos de Roig, que, da mesma forma que o legislador elegeu o princípio da menor onerosidade no âmbito das execuções civis, há que ser adotada, com mais razão ainda, na execução penal. Os subprincípios devem convergir para um viés redutor de danos.

¹³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29.

¹³² ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 66.

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 66-67.

A imposição das sanções administrativas em decorrência de cometimento de uma indisciplina deve, necessariamente, respeitar o princípio da proporcionalidade. Um exemplo de descumprimento são as imposições de regime disciplinar diferenciado (RDD), no prazo máximo (360 dias), sem que haja motivação (individualização) para essa gravíssima sanção.

Referida sanção pelo prazo tão alongado está em evidente descompasso com as com as Regras de Mandela, que estabelecem que “o confinamento solitário¹³⁴ prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos.” (Regra 44)¹³⁵.

Ademais, há que se destacar que a situação do confinamento isolado prolongado foi reconhecida pela 6ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC nº 89.935/BA¹³⁶, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

Um exemplo de norma desproporcional é o artigo 49, parágrafo único¹³⁷, da LEP, que pune a falta disciplinar tentada, da mesma forma da falta consumada. Referida norma está na contramão da regra imposta no Código Penal, que trata, proporcionalmente, o crime tentado e consumando, impondo, por óbvio, pena menor em relação à tentativa (art. 14, parágrafo único¹³⁸, do CP).

Com efeito, atos desproporcionais impostos pelos agentes penitenciários contra as pessoas presas, resulta em uma sensação de injustiça que pode ensejar instabilidade interna, revolta, agravando, ainda, mais a vida no cárcere.

¹³⁴ Organizações das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Regra 43. “1. Em nenhuma circunstância devem as restrições ou sanções disciplinares implicar tortura, punições ou outra forma de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas:” ... “(b) Confinamento solitário prolongado;” Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf, acesso em 30 nov. 2013.

¹³⁵ https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf

¹³⁶ [...] 4. **Desproporcional a imposição do regime disciplinar diferenciado no seu prazo máximo de duração, de um ano, sem uma individualização da sanção adequadamente motivada (Inteligência do artigo 57 da Lei de Execução Penal).**

5. Ordem concedida para determinar a transferência do paciente do regime disciplinar diferenciado, retornando para o Conjunto Penal de Feira de Santana, onde se encontrava. Efeitos estendidos aos demais presos na mesma situação. (Brasil, STJ, 2008) – grifo nosso.

¹³⁷ BRASIL. LEP, Art. 49: “As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Parágrafo único. **Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.** [n.p] – grifo nosso.

¹³⁸ BRASIL. CP, Art. 14. Parágrafo único – “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.”, [n.p].

3.11. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, prescreve que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (1966) preconiza que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, **sem demora**, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em **prazo razoável** ou de ser posta em liberdade”.

No mesmo sentido, o artigo 7º, item 5, do Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)¹³⁹, estabelece que:

“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, **sem demora**, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem **direito a ser julgada dentro de um prazo razoável** ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.” (Brasil, 1992, [n.p]. – grifo nosso.

Na mesma linha, o artigo 8º, item 1, do referido Pacto, dispõe que:

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. (Brasil, 1992, [n;.p] – grifo nosso.

O “Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão” traz o seguinte princípio orientador: “A pessoa detida pela prática de infração penal tem o **direito de ser julgada em prazo razoável** ou de aguardar julgamento em liberdade” (Princípio 38) – grifo nosso¹⁴⁰.

Não há dúvida de que o princípio da celeridade, ou da razoável duração do processo, é um princípio de aplicação fundamental e obrigatória no cenário do cárcere. É impensável

¹³⁹ BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, artigo 7º, item 5, e artigo 8º, item 1, [n.p].

¹⁴⁰ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.*, Princípio 38, [n.p].

imaginar que as autoridades penitenciárias e os juízes atrasem o processamento das execuções, e que parem, por exemplo, as progressões de regime de cumprimento de pena, bem como outros direitos dos encarcerados. Todavia, o que era para ser impensável é absolutamente cotidiano na realidade prisional brasileira. Presos ficam, invariavelmente, mais tempo do que a lei estabelece, e em regimes mais gravosos. Cabe aos defensores a missão de lutar contra essas morosidades, tão perniciosas para quem se encontra privado de suas liberdades.

Roig¹⁴¹ aponta que o princípio da celeridade (ou da razoável duração do processo) é um dos princípios de maior relevância no cotidiano do cárcere. Ressalta, ainda, que é comum a queixa de pessoas presas em relação à lentidão na apreciação de requerimentos.

A morosidade na concessão dos direitos de progressão de regime, ou do livramento condicional, são alguns dos motivos da superlotação dos presídios brasileiros, juntamente com a escalada punitivista e a desconsideração do direito penal como *ultima ratio*. A utilização dos instrumentos legais, a tempo e modo, de abreviação do tempo no cárcere são fundamentais para a redução da população carcerária.

3.12. PRINCÍPIO DO *NUMERUS CLAUSUS* (NÚMEROS FECHADOS)

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347/SP, que analisou e reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, enfrentou pela primeira vez o princípio do *numerus clausus* (números fechados) relativo às vagas nos presídios brasileiros. Na oportunidade, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que os juízes devem analisar a situação da população carcerária antes de emitir um comando para encarcerar uma pessoa, pois, se “determinar a prisão para uma penitenciária, uma cadeia pública, para uma cela onde cabem vinte pessoas e já existem cem pessoas, evidentemente este mandado será cumprido em uma situação muito mais gravosa do que a própria sentença determina” (Brasil, STF, 2015).

O princípio do *numerus clausus*, basicamente, determina que o número de presos deve corresponder, necessariamente, ao número de vagas no sistema penitenciário. Rodrigo Roig destaca que podemos definir *numerus clausus* como o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema

¹⁴¹ ROIG, Rodrigo, *op cit.* p. 67-68.

carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tencionalmente em redução¹⁴².

Conforme destacado alhures, segundo informações do SENAPPEN (janeiro a junho de 2023), as prisões brasileiras contam, em celas físicas, com 649.592 pessoas presas. O número de vagas existentes é de 481.835. Em um sistema caótico, como o nacional, com déficit de mais de 167 mil vagas nos presídios, a adoção efetiva do princípio do *numerus clausus* é fundamental.

Roig¹⁴³ pontua que a exigência da adoção dos *numerus clausus* está amparada em quatro importantes fundamentos: (1) estado democrático de direito, cujos elementos informadores são a democracia e no republicanismo; (2) na aplicação irrestrita da regra preconizada no artigo 85 da LEP; (3) na aplicação irrestrita da regra preconizada no artigo 185 da LEP e; (4) no poder-dever do Juízo da Execução de zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, LEP).

Em relação ao primeiro, o Estado Democrático de Direito possui, como um de seus objetivos, a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF)¹⁴⁴ e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)¹⁴⁵, além de estabelecer a vedação peremptória à imposição de tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF)¹⁴⁶, bem como preconizar a tutela da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, da CF)¹⁴⁷, o respeito a intimidade e a vida privada dos presos (art. 5º, X, da CF)¹⁴⁸ e exige que

¹⁴² ROIG, Rodrigo. *op. cit.* p. 73.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 79

¹⁴⁴ BRASIL, Constituição. Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”, [n.p].

¹⁴⁵ BRASIL, Constituição. Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;”, [n.p].

¹⁴⁶ BRASIL. Constituição. Art. 5º. “(...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”, [n.p].

¹⁴⁷ BRASIL. Constituição. Art. 5º. “(...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

¹⁴⁸ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”, [n.p].

sejam respeitadas as condições sanitárias e de higiene mínimas (arts. 6º¹⁴⁹ e 196¹⁵⁰, ambos da CF). Não requer muito esforço cognitivo para se concluir que a superlotação está na contramão dos preceitos constitucionais.

O segundo fundamento, embora decorrente de norma infraconstitucional, traz a regra preconizada no artigo 85, *caput*, da LEP. Referido dispositivo estabelece, literalmente, que “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”¹⁵¹. Dessa forma, não há dúvidas que a hiperpopulação carcerária é uma inequívoca ilegalidade. Melhor dizendo, o sistema penitenciário brasileiro, há tempos, encontra-se em evidente afronta à regra prevista no referido artigo da LEP. O *numerus clausus*, se fosse efetivamente adotado, permitiria o restabelecimento, em tese, da legalidade, na medida em que a lotação dos presídios estaria compatível com a estrutura e finalidade.

O terceiro fundamento está previsto no artigo 185 da LEP, que assim dispõe: “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”¹⁵². O princípio do *numerus clausus* seria fundamental para afastar os excessos e desvios da execução da pena, ao menos no que toca à superlotação.

Por fim, o *numerus clausus* decorre, também, do poder-dever do juízo da execução em zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, da LEP)¹⁵³. O estado de coisas dos presídios brasileiros deixa claro que o juízo da execução não exerce adequadamente seu mister.

Não há como deixar de comungar da posição de Rodrigo Roig, uma vez que “a adoção desse princípio ou sistema aparece como instrumento de recondução da execução penal a um *status* de conformidade constitucional, sempre que estiver caracterizada a imposição de encarceramento em condições contrárias ao senso de humanidade”¹⁵⁴.

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição. Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, [n.p].

¹⁵⁰ BRASIL. Constituição. Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”, [n.p].

¹⁵¹ BRASIL, LEP, artigo 85, *caput*, [n.p].

¹⁵² BRASIL, LEP, artigo 185, [n.p].

¹⁵³ BRASIL. LEP. Art. 66. “Compete ao Juiz da execução: [...] VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança.”, [n.p].

¹⁵⁴ ROIG, Rodrigo. *op. cit.* p. 83.

Para a adoção, inevitavelmente, há que ser estabelecida uma regra de transição até chegar ao ponto ideal. Um mecanismo de transição poderia ser, por exemplo, a adoção da regra que permita o ingresso de uma pessoa presa, em cela física, para cada duas colocadas em liberdade. Por óbvio, demandaria ajustes legislativos e boa vontade política, bem com judicial. Mesmo porque, para que seja eficaz a adoção do princípio, o Poder Judiciário tem que operacionalizá-lo, para preservar os direitos e controlar a legalidade, de forma célere, sob pena de ser mais um direito inaplicado às pessoas presas.

4. DIGNIDADE DAS PESSOAS PRESAS. SUPERLOTAÇÃO. CONDIÇÕES DESUMANAS E DEGRADANTES. ILEGALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O princípio da humanidade, ou da dignidade da pessoa presa, já foi analisado no capítulo anterior. Neste capítulo, a abordagem se reservará à questão da superlotação carcerária, das condições desumanas e degradantes a que os encarcerados são submetidos, bem como da inegável ilegalidade do sistema penitenciário brasileiro e o dever jurídico-constitucional de supressão da superlotação e da degradação das condições do cárcere.

4.1. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O problema da superlotação carcerária brasileira é estrutural e sistêmico. Estrutural, porque resulta do mau funcionamento crônico do sistema penitenciário, que, em duas décadas, passou de 232.775 (2000) pessoas presas, para aproximadamente 649.592 (junho de 2023), sendo que a capacidade instalada para atender em celas físicas é de 481.835 presos. O problema é sistêmico, haja vista que perpassa por todos os Estados brasileiros, ou seja, não é uma questão pontual ou local, mas está presente no sistema penitenciário como um todo.

Marcello Bortoloto pontua que a superlotação é “causa e efeito de políticas esquizofrênicas que produzem encarceramento e depois buscam meios de repará-lo, que proclamam a tolerância zero e reivindicam a certeza da pena, mas não promovem nem

liberdade, nem legalidade, nem segurança”¹⁵⁵. Para Bortoloto, a superlotação não nasce do crescimento da criminalidade, mas sim do crescimento da criminalização¹⁵⁶.

Roig destaca que “a imposição de qualquer forma de tratamento desumano ou degradante – tal como o encarceramento em condições de superlotação – é ato que transcende a simples privação da liberdade, tornando a prisão ilegal”¹⁵⁷. Ressalta, ainda, que “o encarceramento em condições atentatórias à dignidade humana afetaria a própria pretensão de punir do Estado, tornando-a carente de legalidade”¹⁵⁸.

A Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, divulgou os dados estatísticos do Sistema Penitenciário Nacional (atualizados para 30 de junho 2023). O sistema carcerário brasileiro, em julho de 2023, estava com o déficit de celas físicas de 167.757 vagas. Comparando-se com os dados do ano de 2019, não há dúvida de que houve uma redução sensível, uma vez que, naquele ano, a defasagem de vagas era de 312.925, porém continua absurdamente alta a ocupação nos presídios do país. Essa redução foi fruto da política utilizada durante o auge da COVID-19, oportunidade em que o CNJ editou recomendação autorizando, em situações específicas, a substituição do cárcere por prisões domiciliares (Brasil, CNJ, 2020)¹⁵⁹.

Longe de buscar culpados para essa nefasta situação, não há como deixar de reconhecer que o Poder Judiciário é um dos grandes responsáveis pelo encarceramento em massa no Brasil. Tal afirmação pode ser corroborada pela enorme quantidade de pessoas presas provisoriamente no país. Dados atualizados em junho de 2023, o Brasil conta com 180.167 pessoas presas provisoriamente, ou seja, sem sentença penal condenatória transitada em julgado, portanto, juridicamente inocentes.

Além do mais, cumpre destacar que, no Brasil, os dados disponibilizados pelo SENAPPEN – MJ indicam que o número de vagas criadas cresce em um ritmo menor do que cresce da população prisional, o que resulta no cenário dantesco das prisões brasileiras, consoante se observa no gráfico¹⁶⁰ abaixo (Gráfico 1: fonte SENAPPEN):

¹⁵⁵ BORTOLOTO, Marcelo, *apud* ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 443-444.

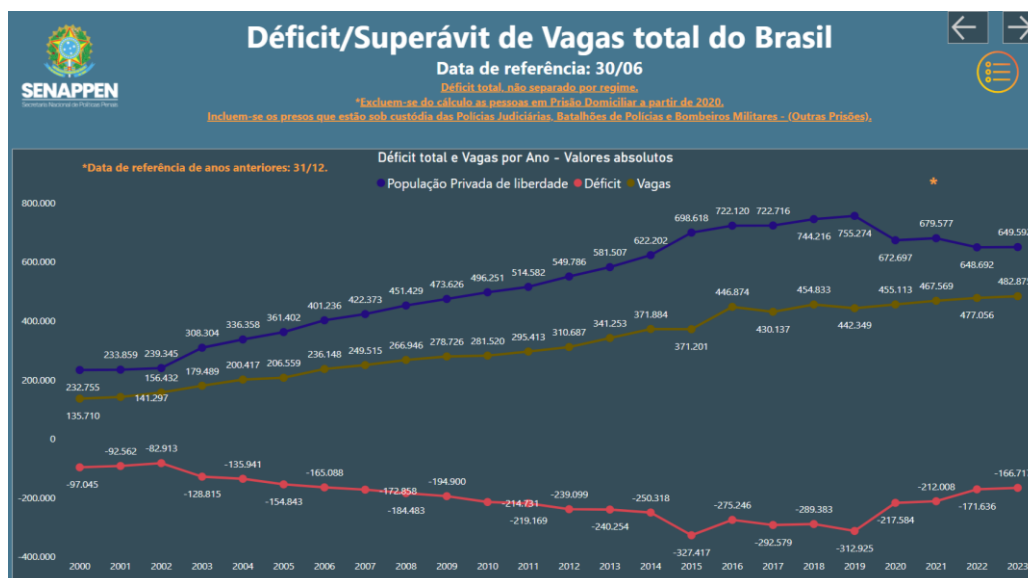
¹⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 445.

¹⁵⁷ ROIG, *op. cit.*, p. 448.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 446.

¹⁵⁹ BRASIL, CNJ, Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>

¹⁶⁰ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso: 7 set. 2023.



Fonte: SENAPPEN

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

Destaque-se que, entre os anos de 2010 e 2019, a população presa em celas físicas saiu de 496.251 e atingiu 755.274 pessoas encarceradas. Nesse mesmo período, o número de vagas nos presídios foi de 281.520 para 442.274. Ou seja, a população carcerária teve um aumento de 259.023 pessoas, ao passo que o número de vagas cresceu apenas 160.754. O déficit de vagas nos presídios, em 2010, era 214.731 e, em 2019, alcançou incríveis 312.925 vagas a menos no sistema carcerário nacional.

Com efeito, é possível afirmar, sem qualquer receio de incorrer em meras ilações, que a situação de superlotação dos presídios brasileiros é desumana e degradante. O Estado brasileiro, como signatário de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, desrespeita, com a hiperpopulação carcerária, a individualidade, a integridade física e a dignidade da pessoa presa (cf. art. 5º, III e XLIX, da CF).

Ressalte-se que as pessoas presas não têm sequer local para dormir dignamente, há relatos que apontam que muitos dormem diretamente no chão, muitas vezes molhado e imundo, sem ao menos um reles colchão (ou espuma), e dividem espaço com outros presos, além de baratas, ratos e até animais peçonhentos. Além disso, nessa situação de superpopulação, os presos não conseguem fazer, com um mínimo de privacidade, suas necessidades fisiológicas básicas.

João Marcos Buch¹⁶¹, juiz da Vara das Execuções Penais de Joinville-SC, aos prefaciá o livro de Luís Carlos Valois, outro magistrado que atua há anos na Vara das Execuções Penais do Amazonas, reproduz experiências vividas acompanhando de perto a vida das pessoas presas:

Por todos os lugares, em maior ou menor grau, encontramos detentos sem colchão para dormir, sem kit higiene, sem trabalho, sem estudo, acesso à saúde, coisificação nos navios negreiros do século XXI. Essa ausência do Estado dentro das prisões, além de violadora dos direitos humanos, tem feito nascer e crescer nas entranhas do sistema facções e organizações paralegais. Quando preso, é preciso sobreviver, para tanto é preciso se aliar, mesmo que para lutar contra o Estado, de forma mais violenta. O sistema penitenciário brasileiro, portanto, está falido e tem sido usado para recrudesce a violência. Aliás, ele nunca deixou de ser um sistema excludente, escravocrata, das chibatas e dos senhores feitores, um conjunto de calabouços coletivos cada vez mais opressor.

No Relatório Final¹⁶² da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, já sinalizava que:

[...] a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário.

No mesmo sentido, o relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2015¹⁶³ apontou que pouco mudou entre 2009 e 2014, conforme se extrai do excerto a seguir transcrito:

O primeiro e talvez o principal problema diz respeito à superpopulação carcerária, que encontra-se presente em todos os Estados brasileiros. De fato, segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça (referentes a junho de 2014), “todas as Unidades da Federação exibem taxa de ocupação superior a 100%”. A população carcerária brasileira já passou de 600 mil pessoas (607.731, segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça), enquanto existem apenas 376.669 vagas. Ou seja, a cada 10 vagas existentes no sistema, existem aproximadamente 16 indivíduos encarcerados.

[...]

Outro grave problema constatado por esta Comissão Parlamentar de Inquérito, e intimamente ligado à superpopulação carcerária, diz respeito à quantidade de presos provisórios existentes em nosso país (cerca de 41% da população

¹⁶¹ BUCH, João Marcos, *apud* VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Editora D’Plácido, 2021, p. 8.

¹⁶² <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>

¹⁶³ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366810&filename=REL+2/2015+CPICARCE+%253D%253E+RCP+6/2015

aprisionada). Ou seja, 41% de todas as pessoas presas no Brasil não foram, ainda, condenadas, em definitivo, pela Justiça.

Conforme destacado acima, o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/MC, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional, cuja ementa restou assim redigida:

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. (Brasil, STF, 2015).

Posteriormente, analisando-se o mérito da ADPF nº 347/DF, a Corte Suprema manteve o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, oportunidade em que determinou que fossem adotadas medidas para a solução desse gravíssimo problema estrutural e sistêmico.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para:

1. **reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro;**
2. determinar que juízes e tribunais: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas

à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário;

3. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN;

4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação;

5. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano;

6. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local;

7. prever que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito;

8. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional;

9. prever que em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar;

10. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito;

11. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o Tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte;

12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa. Por fim, firmou a seguinte tese de julgamento: “1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos”. Tudo nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), Redator para o acórdão, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio (Relator). Não votou o Ministro André Mendonça, sucessor do Relator. Plenário, 4.10.2023. (Brasil, STF, 2015).

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, a efetividade do comando exarado do *decisum* é extremamente tímida, uma vez que não há uma determinação concreta com escopo

de viabilizar a melhora na situação caótica dos presídios nacionais. Teria caminhado melhor se tivesse sido realizada a imediata revisão da situação de milhares de presos que já estão em condições de progredir de regime, e ainda se encontram presos, ilegalmente, no mais gravoso; teria caminhado melhor se determinasse a imediata colocação em liberdade vigiada milhares de presos que estão no regime aberto, mas que ainda se encontram em celas físicas; ou, ainda, teria caminhado melhor se observasse a situação de milhares de enfermos graves que estão presos em celas físicas e poderiam estar em prisão domiciliar.

Estas sugestões serão mais bem abordadas no capítulo que trata da política de desencarceramento.

4.2. CONDIÇÕES PRECÁRIAS A QUE ESTÃO EXPOSTOS OS PRESOS

De acordo com o destacado na introdução, em dezembro de 2017, por circunstâncias profissionais, tivemos a oportunidade de acompanhar, proximamente, por longos e intermináveis 16 (dezesesseis) dias, a situação do presídio de Itirapina -SP e no Centro de Ressocialização de Rio Claro. Nessa ocasião, analisamos a situação processual de muitos presos e, também, conhecemos a história de cada um dos informalmente entrevistados, os quais relataram sobre suas vidas antes e durante o período de cárcere.

Observando a situação e ouvindo os relatos, ficou latente o flagelo daqueles seres humanos esquecidos pelo Estado e pela sociedade. A realidade brasileira é de um descaso com a vida dos encarcerados, que são submetidos a celas superlotadas, insalubres, sem ventilação e sem higiene mínima. Alimentação muitas vezes estragada, vencida, com presença de objetos estranhos (pernas de baratas, sêmen, caco de vidro etc.).

A petição inicial da ADPF nº 347, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com robustas provas colacionadas, reproduz, em escala nacional, aquilo que observamos em duas unidades prisionais paulista. Os relatos são de celas superlotadas, imundas e insalubres, com proliferação de doenças infectocontagiosas, além de comidas intragáveis, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho¹⁶⁴.

¹⁶⁴ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

Excerto do voto do eminente Ministro Relator da ADPF nº 347/DF, Marco Aurelio Mello, reproduz a situação dantesca do sistema prisional brasileiro, pautado nos documentos aportados pelo Partido autor, dentre eles, os produzidos pelo CNJ e nas CPIs do Sistema carcerário. Tais documentos são reproduções fiéis do que vivenciamos no final de 2017¹⁶⁵.

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. (Brasil, STF, 2015).

Com escopo de evidenciar, ainda mais, o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, será abordado, no próximo tópico deste capítulo, o relatório produzido recentemente pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC) da Defensoria Pública do Estado de São Paulo¹⁶⁶. O NESC fez inspeção em 27 (vinte e sete) estabelecimentos prisionais do Estado, e encontrou severas violações de direitos das pessoas presas.

4.3. RELATÓRIO DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA (NESC) DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AFRONTA À DIGNIDADE DAS PESSOAS PRESAS

Não há como deixar de inaugurar este tópico sem trazer o relato de uma pessoa presa em uma das unidades prisionais do interior do Estado de São Paulo: “Se você for em um zoológico doutor, os animais são mais bem tratados do que a gente (*sic*)”¹⁶⁷. Triste e fidedigna realidade dos cárceres paulistas e brasileiros.

¹⁶⁵ <https://static.poder360.com.br/2017/01/relatorio-cpi-sistema-carcerario-camara-ago2015.pdf>

¹⁶⁶ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). **Análise do Cumprimento das Regras Constantes na Convenção Contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e em Seu Protocolo Opcional Pelo Brasil.**

¹⁶⁷ *Idem, ibidem.*

O relatório do NESC¹⁶⁸ escancara as mazelas do sistema penitenciário paulista. Foram inspecionadas, conforme destacado acima, 27 unidades prisionais, e foram constatados problemas gravíssimos, tais como: a) superlotação; b) precariedade das estruturas físicas das construções, inclusive falta de ventilação, infiltração, rachaduras; c) presença de insetos e outras pragas; d) falta de assistência médica; d) racionamento de água e de banho quente; e) limitação de banho de sol; f) falta ou limitação de fornecimento de material de higiene pessoal; g) falta de alimentação e; h) violação da integridade física e psicológica e as sanções coletivas.

4.3.1. SUPERLOTAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como se extrai dos dados informados pela Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), até 30 de julho de 2021, o Estado de São Paulo dispõe de 147.942 vagas¹⁶⁹ e tem uma população carcerária de 202 mil pessoas presas, o que resulta em uma ocupação de 140% (cento e quarenta por cento). Embora os dados da SAP sejam de meados de 2021, não divergem muito daqueles trazidos pela SENAPPEN (atualizado para 30 de junho de 2023), os quais indicam que os presídios paulistas contam com 152.051 vagas, para uma população privada de liberdade de 195.787 pessoas.

O NESC destaca que o déficit de vagas é ainda maior, uma vez que são contabilizadas, indevidamente, celas que não são destinadas ao uso permanente. Incluem na contagem as celas dos pavilhões disciplinares, das enfermarias, bem como as de inclusão. Por óbvio, o escopo de incluir tais celas no cômputo geral é o de esconder a real e desumana taxa de ocupação.

Destaca o relatório do NESC que 81,48% (23 delas) das unidades inspecionadas pela Defensoria Pública estavam superlotadas. Dentre as unidades inspecionadas, há que se destacar a situação do Centro de Detenção Provisória (CDP) de São Vicente. Nesta unidade, conforme relatos dos defensores públicos, “as pessoas presas são obrigadas a dividir celas com até 43 pessoas, ocupando espaços que, em teoria, têm estrutura física para no máximo

¹⁶⁸ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC), *op. cit.*

¹⁶⁹ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária – SAP. **Dados da população carcerária em 30 de julho de 2021.** Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/sap.html>. Acesso em 30 out. 2023.

12 pessoas”¹⁷⁰. Não há como deixar de trazer as fotos reproduzidas no Relatório da Defensoria Pública de São Paulo.

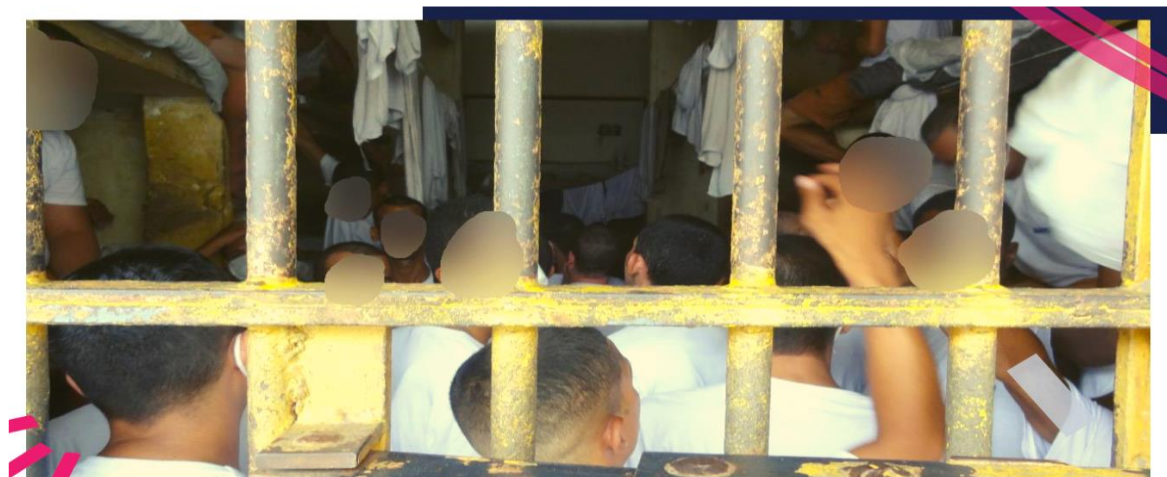


Foto 9 – CDP Masculino de São Vicente – 3/3/21 – Cella com capacidade para 12 pessoas onde viviam 40.

Figura 1: CDP masculino de São Vicente – superlotação.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

O relatório traz a absurda situação, no mesmo CDP, de duas celas de “castigo” que estavam “hiperlotadas”. Celas que comportam uma pessoa contavam com oito presos, ou seja, 800% (oitocentos por cento) de ocupação. Destacam, também, que os vasos “sanitários” estavam entupidos. Mesmo que fosse uma situação episódica, o fato relatado demonstra, cabalmente, o descaso do poder público, em especial da administração carcerária, com a vida humana.

No CDP de Americana, o NESC aponta que não havia vasos sanitários, e sim “bacias turcas”, sem descarga e sem qualquer tipo de vedação, localizadas ao lado das lâminas de espuma em que as pessoas presas dormem. Além disso, não havia chuveiro, apenas uma torneira, sem cano.

¹⁷⁰ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 20.



Figura 2: CDP masculino de Americana – banheiros.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

Outra situação decorrente da superlotação é a falta de local adequado para dormir. A SAP sequer disponibiliza, de forma ordinária, lâminas de espuma para que as pessoas presas não durmam no chão. Chão este que invariavelmente está úmido, sujo e infestado de insetos e outras pragas. O CDP Masculino de Limeira é um exemplo dessa dantesca situação, conforme se observa na foto a seguir:



Foto 11 – Cella do CDP Masculino de Limeira – 18/12/20 – Não há camas para todos, de modo que as pessoas ficam amontoadas no chão, dormindo em lâminas de espuma, não sendo possível a circulação. As pessoas também ficam expostas a insetos e ratos pela proximidade com o banheiro; não há porta.

Figura 3: CDP masculino de Limeira – superlotação das celas.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

Conforme se observa na imagem, as pessoas ficam amontoadas umas sobre as outras, inclusive dividindo lâminas de espuma.

Além da falta de espaço para coabitarem, as pessoas presas são submetidas à falta de privacidade para usar a “privada”, e têm de fazer suas necessidades fisiológicas “acompanhados” dos demais presos. A desumanidade e a crueldade são latentes. Ser humano nenhum, independentemente do crime que cometeu, merece receber do Estado esse tratamento.

4.3.2. PRECARIEDADE DAS ESTRUTURAS FÍSICAS DAS CONSTRUÇÕES, INCLUSIVE DE FALTA DE VENTILAÇÃO, INFILTRAÇÃO, RACHADURAS

Além da superlotação e todas as consequências decorrentes dessa nefasta situação, as pessoas presas são colocadas em risco à vida diante da estrutura física precária das unidades de prisionais. O relatório do NESC é rico em detalhes que evidenciam o descaso do poder público com as pessoas custodiadas nos presídios paulistas.

Os defensores públicos destacam que a totalidade das unidades inspecionadas mostram um quadro drástico de insalubridade, de má iluminação e de pouquíssima ventilação. Destaque-se, por oportuno, excerto do relatório: “Boa parte das celas têm portas chapeadas, não gradeadas, o que impede a entrada de luz natural e a ventilação cruzada”¹⁷¹. Segundo o relatório do NESC a cela da inclusão no CDP de Americana é um “verdadeiro calabouço”¹⁷², sendo certo que as pessoas presas ficam quase sem ventilação e iluminação, infestadas de piolhos e outros insetos.

Não bastasse a falta de iluminação natural, é bastante comum a ausência de iluminação artificial. Muitas celas não possuem lâmpadas e outras faltam até fiação. Há ainda celas em que são feitas improvisações, utilizando-se para tanto de “fios” feitos com tampas de marmitas, como extensores da fiação (“famoso gato”), colocando a todos os ocupantes da cela em risco de vida.

¹⁷¹ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*

¹⁷² *Idem, ibidem.*

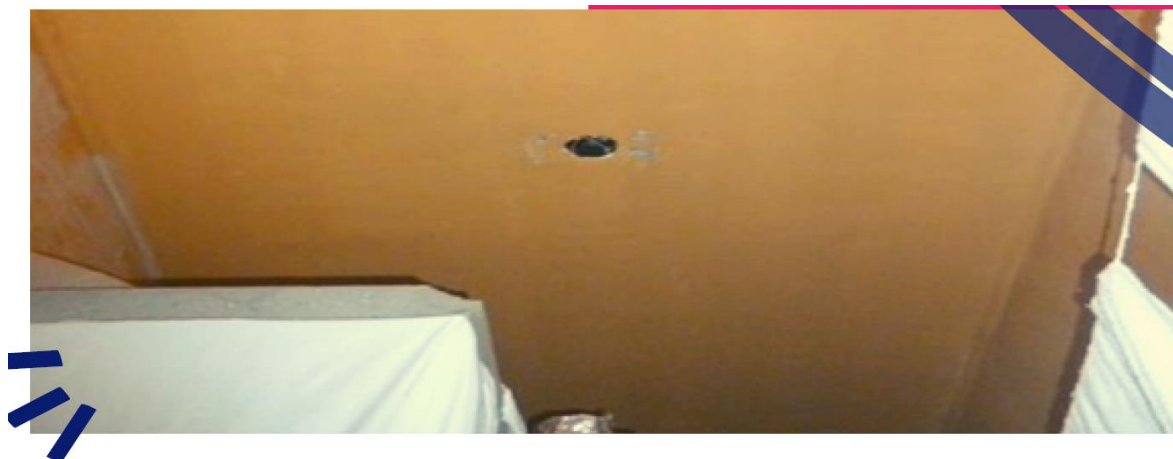


Foto 18 – CDP Masculino de Vila Independência – 11/6/21 – Buraco no teto sem lâmpada.

Figura 4: CDP masculino de Vila Independência – teto avariado.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC



Foto 20 – CDP Masculino de Vila Independência – 11/6/21 – gambiarras artesanais para garantia de luminosidade mínima.

Figura 5: CDP masculino de Vila Independência – “gambiarras” para iluminação.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

Outrossim, na maioria das unidades inspecionadas pelo NESC, os banheiros das celas têm vazamentos, os vasos sanitários – quando há – estão quase sempre entupidos e não existe tampa de vedação. A situação do CDP de Suzano é ainda pior, uma vez que três celas estavam com os vasos sanitários quebrados, compelindo os presos a fazerem suas necessidades fisiológicas no ralo do chuveiro. Uma completa e cruel desumanidade carcerária.

4.3.3. PRESENÇA DE INSETOS E OUTRAS PRAGAS

Estarrecedora também é a situação da infestação de insetos e outras pragas nas celas das unidades prisionais inspecionadas pela NESC. Um exemplo dessa situação foi observado na Penitenciária Masculina de Guareí I, com celas tomadas de percevejos, que vivem em ambientes quentes, úmidos e escuros, alimentam-se de sangue e costumam se esconder nas lâminas de espuma.



Foto 39 – Penitenciária Masculina de Guareí I – 23/10/20 – Uma pessoa presa com um percevejo na mão.

Figura 6: Penitenciária Masculina de Guareí – pragas.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

Não há dúvida da negligência estatal em relação à adoção de medidas sanitárias e de controle de zoonoses, o que favorece a proliferação dos insetos e das outras pragas nas unidades prisionais, o que contribui para o recrudescimento das doenças dermatológicas, especialmente pela falta de uma assistência médica adequada e regular. A foto¹⁷³ extraída do relatório do NESC evidencia a questão.

¹⁷³ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.* p. 40.



Fotos 43 e 44 – CDP Masculino de Vila Independência – 11/6/21 – Doenças de pele causadas por insetos.

Figura 7: CDP masculino de Vila Independência – pragas - doenças de pele.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

4.3.4. FALTA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA

Conforme destacado no relatório do NESC, há uma “combinação perversa de violação de direitos no cárcere, já que a insalubridade, a superlotação e outras condições degradantes se somam à falta de assistência médica, odontológica e ausência de outros profissionais de saúde, o que faz com que seja impossível ser saudável nestes ambientes ou, ao menos, não contrair nenhuma doença”¹⁷⁴.

As condições destacadas acima, como celas escuras e sem ventilação, superlotadas, infestadas de insetos e outras pragas, contribuem para que as principais “doenças do cárcere”, sejam as de natureza respiratória e dermatológica¹⁷⁵.

¹⁷⁴ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.* p. 42.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 48.

PELO MENOS 1395 PESSOAS TINHAM PROBLEMAS GRAVES DE SAÚDE E ESTAVAM DESASSISTIDAS



Foto 48 – CDP Masculino de Pinheiros II – 07/08/2020 – Várias feridas “abertas” no pé e na perna.

Figura 8: CDP masculino de Pinheiros – feridas por infestação de pragas.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

A falta de fornecimento de medicamentos nas unidades de saúde é mais uma triste realidade vivenciada pelas pessoas presas. Os defensores públicos destacam que os medicamentos fornecidos para qualquer tipo de enfermidade são dipirona e paracetamol.

Não menos estarrecedor é a questão daqueles que fazem uso de bolsa de colostomia e sonda. O relatório da NESC destaca que eles não recebem tratamento adequado para higiene e troca dos equipamentos. Sem a adequada higienização e manutenção, os equipamentos são vetores de infecções, que podem levar à septicemia e, consequentemente, à morte¹⁷⁶.

Outro impressionante relato trazido pela defensoria pública foi da ausência de testagem em massa no sistema penitenciário paulista, fato que também ocorreu pelo Brasil

¹⁷⁶ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 53-56.

adentro, o que resultou na contaminação de milhares de pessoas presas com o vírus da COVID-19.

4.3.5. RACIONAMENTO DE ÁGUA E DE BANHO QUENTE

Uma outra situação de afronta visceral aos direitos humanos das pessoas presas é o racionamento de água e a falta de chuveiro com água aquecida. O relatório¹⁷⁷ do NESC aponta que o racionamento atinge mais de 70% (setenta por cento) das unidades inspecionadas. Destaca-se, ainda, que em 24% (vinte e quatro por cento) delas, as pessoas presas têm acesso a menos de uma hora diária de água.

Por exemplo, na Penitenciária Masculina de Sorocaba II¹⁷⁸, as pessoas presas relatam que a água é liberada apenas 45 minutos por dia. Destacam, ainda, que elas têm que dividir com os demais presos esse exíguo tempo, sendo que na referida unidade há celas com mais de 20 pessoas.

Como manter higiene básica com esse estado de coisas? A proliferação de doenças vê um cenário propício com a ausência de água. Imagine-se a situação no auge do período pandêmico, em que, além do uso das máscaras, lavar as mãos era um instrumento para contenção da proliferação do letal vírus.

Não se pode olvidar que o Brasil é signatário das “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos”, que preconiza, na Regra 18, item 1: “Deve ser exigido a todos os reclusos que se mantenham limpos e, para este fim, **ser-lhes-ão fornecidos água** e os artigos de higiene necessários à saúde e limpeza” (grifo nosso)¹⁷⁹.

Além do racionamento indevido de água, o NESC relatou que, com exceção da Penitenciária Feminina da Capital, “nenhuma unidade prisional de São Paulo oferta banho aquecido para todas as pessoas presas”¹⁸⁰. É mais uma afronta às “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos”, que estabelece na Regra 16:

As instalações de banho e ducha devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou duche a uma

¹⁷⁷ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 58.

¹⁷⁹ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Regra 18, [n.p].

¹⁸⁰ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 60.

temperatura adequada ao clima, tão frequentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana num clima temperado.¹⁸¹

Não há dúvida de que a racionalização da água e a ausência de banho aquecido são mais um exemplo do descaso do poder público com a vida das pessoas presas e uma evidente afronta à dignidade dos encarcerados.

4.3.6. LIMITAÇÃO DE BANHO DE SOL

Conforme se depreende do estudo elaborado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, a:

[...] radiação solar é essencial para a vida no planeta. Ficar muito tempo sem se expor à luz do sol pode acabar colaborando para o surgimento de uma série de doenças físicas e psiquiátricas, e alguns desses problemas estão relacionados à falta de vitamina D no corpo¹⁸².

Maria Zanella, professora e coordenadora do Curso de Medicina da Escola de Medicina da PUCRS, explica: “A maior parte da vitamina D é produzida pela pele, sendo mais de 90% pela exposição solar habitual, importante para sintetizar essa vitamina. Ela é um nutriente com função de hormônio e pode ajudar a melhorar o sistema imunológico”¹⁸³.

O relatório¹⁸⁴ do NESC destaca que no setor de “disciplina”, como regra, as pessoas presas são privadas dos banhos de sol. Não se pode esquecer que as “celas do castigo” são, invariavelmente, com pouca circulação de ar, com portas chapeadas (não gradeadas), sem iluminação artificial e natural, o que contribui para a baixa produção de vitamina D pelo organismo, que resulta em queda imunológica, e expõe a pessoa, ainda mais, à doença. Além disso, conforme destacado no estudo realizado pela PUCRS, ficar isolado, sem acesso a luz solar, pode implicar graves distúrbios neurológicos.

No setor de “inclusão”, também há relatos de privação de banho de sol. Ou seja, as pessoas presas, ao ingressarem no sistema prisional, durante o período de adaptação, são

¹⁸¹ Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Regra 16, [n.p].

¹⁸² <https://www.pucrs.br/coronavirus/efeitos-e-beneficios-da-exposicao-luz-solar-para-imunidade/>

¹⁸³ *Idem, Ibidem.*

¹⁸⁴ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 66-67.

impedidas de se expor ao necessário banho de sol. Dessa forma, ao final desse período, ao efetivamente se incorporarem à população carcerária, estarão com o sistema imunológico “prejudicado”, o que pode favorecer o acometimento das mais variáveis “doenças do cárcere”.

4.3.7. FALTA OU LIMITAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MATERIAL DE HIGIENE PESSOAL

O relatório aponta outra questão terrivelmente grave consistente na ausência de distribuição regular e suficiente dos itens básicos de higiene e limpeza. O Estado mais poderoso e rico da federação faz racionamento de fornecimento de sabonete, pasta de dente, papel higiênico, absorventes íntimos para mulheres, desinfetante, sabão para lavar roupa, vassoura, rodo etc., o que dificulta a manutenção da higiene pessoal e dos locais de habitação (celas).

Ainda mais espantosa e repugnante é a situação humilhante e de hipervulnerabilidade das mulheres presas no CDP Feminino de Franco da Rocha. Naquela unidade, inúmeras mulheres relataram aos defensores públicos que, para suprirem a falta de absorvente feminino, utilizam-se de pedaço de toalha, de lâmina de espuma e até de miolo de pão para segurar o fluxo menstrual.

Soma-se a isso a já relatada racionalização de água, o que impossibilita que as presas façam a necessária higiene íntima, o que propicia, segundo o médico Dráusio Varella, o aumento da umidade, a proliferação de vírus, bactérias e fungos¹⁸⁵. Em relação ao tempo de troca dos absorventes, o médico defende que eles devem ser trocados de acordo com o fluxo menstrual da mulher. Se for intenso, a troca deve ser, preferencialmente, de hora em hora, o que é, infelizmente, muito distante da realidade vivenciada pelas mulheres presas.

Com efeito, o NESC reproduz relatos de presas que dizem que receberam, no setor de “inclusão”, apenas um pacote de absorvente para dividir entre doze mulheres¹⁸⁶. Além disso, aquelas que receberam o absorvente destacam a péssima qualidade.

Os defensores públicos remararam, ainda, que em nenhuma unidade inspecionada houve o fornecimento de itens básicos de higiene, como desodorante, sabonete e xampu, em

¹⁸⁵ <https://drauziovarella.uol.com.br/mulher-2/como-fazer-a-higiene-intima-feminina/>

¹⁸⁶ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 71.

desconformidade à Resolução nº 4¹⁸⁷, de 5 de outubro de 2017, do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias – CNPCP.

A referida Resolução do CNPCP traz como itens de higiene pessoal necessários, que devem ser entregues no ingresso do sistema prisional: sabonete para banho; xampu; desodorante; rolos de papel higiênico; aparelho de barbear descartável; escova de dente; creme dental ou pasta de dente; absorventes femininos (mínimo de 15 unidades – reposição mensal); pente de plástico maleável e; cortador de unhas (quando conveniente e não comprometer a segurança na unidade prisional).

Dessa forma, cotejando a realidade carcerária paulista com a determinação constante da Resolução nº 4/2017, resta claro que há um flagrante descumprimento e uma aviltante afronta aos direitos básicos das pessoas presas.

O relatório do NESC traz, ainda, uma gravíssima denúncia, e aponta que, em alguns presídios, embora haja produtos de higiene estocados no almoxarifado, os presos, quando recebem, não recebem na quantidade adequada. Há ainda a notícia, como no caso do CDP Masculino de Limeira, de que presos são obrigados a assinar que receberam os itens, sem que tenham efetivamente recebido¹⁸⁸. Como os presos não recebem os itens, quem fica com eles?

4.3.8. FALTA DE ALIMENTAÇÃO

Segundo relata o NESC¹⁸⁹, todas as unidades inspecionadas tinham praticamente as mesmas queixas em relação à alimentação: a) pouca quantidade de alimentos fornecidos nas refeições; b) fornecimentos de alimentos pouco nutritivos, compostos, principalmente, de carboidratos e; c) impurezas na comida, como insetos, pelos etc.

Esse combo apresentado no relatório indica claramente a forma cruel e desumana como as pessoas presas são tratadas nos presídios paulistas. O Estado mais rico do país fornece alimentação em quantidade insuficiente, com baixa carga nutricional, baseada em carboidrato. Só com esses elementos, pode-se depreender que as pessoas presas no Estado

¹⁸⁷ <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpkp/resolucoes/2017/resolucao-no-4-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>

¹⁸⁸ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 76.

¹⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 82.

de São Paulo vivem em situação de insegurança alimentar¹⁹⁰, que se agrava, ainda mais, com os relatos da presença de insetos e outros corpos estranhos na alimentação.

A Lei nº 11.346¹⁹¹, de 15 de setembro de 2006, estabelece, em seu artigo 2º, “A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população”.

No mesmo sentido, a “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos” estabelecem, na Regra 22, 1: “A administração deve fornecer a cada recluso, a horas determinadas, alimentação de valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física, de qualidade e bem preparada e servida”¹⁹².

A Resolução nº 3¹⁹³, de 5 de outubro de 2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, estabelece, em seu artigo 3º, §1º, *in verbis*:

§ 1º Considerando o Guia Alimentar para a população brasileira, as refeições deverão ser feitas em horários regulares, preferencialmente em companhia. Às pessoas privadas de liberdade, deverão ser ofertadas, minimamente, cinco refeições diárias: o desjejum, o almoço, o lanche, o jantar e a ceia. Os cardápios devem ser calculados com base nas recomendações (e alterações posteriores) da Organização Mundial da Saúde – OMS, que apresentam os seguintes valores de referência:

O referido parágrafo traz uma tabela nutricional que deveria ser aplicada para todas as unidades prisionais no país. Todavia, consoante se observa dos relatos trazidos pelo NESC, no que se refere ao sistema penitenciário paulista, a realidade é bem diferente. São alimentos com baixa taxa nutricional e muito calórico, em descompasso com o preconizado pelas normas da Organização Mundial da Saúde.¹⁹⁴

¹⁹⁰ BRASIL, Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Art. 3º “A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.”, [n.p].

¹⁹¹ BRASIL, Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.

¹⁹² Organização das Nações Unidas (ONU), *op. cit.* Regra 22, [n.p].

¹⁹³ BRASIL, CNPCP, Resolução nº 3. Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/4143/2/REC_CNPCP_2017_3.html.

¹⁹⁴ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 85-86.

O relatório aponta, por exemplo, que o cardápio do CDP de Bauru é de baixa qualidade nutricional, o que evidencia o desrespeito ao artigo 3º, §1º, da Resolução nº 3/2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que preconiza que devem ser ofertadas no mínimo cinco refeições diárias.

Seguem abaixo¹⁹⁵ o aspecto e a quantidade dos alimentos fornecidos em uma das unidades prisionais de São Paulo, fato que se replica, infelizmente, por quase todas as prisões paulistas, o que escancara o descaso da Administração Penitenciária de São Paulo com as pessoas presas:



Foto 88 (esquerda) - Penitenciária Masculina de Guareí I - 23/10/20 - Dieta "especial" com aspecto horrível.

Figura 9: Penitenciária Masculina de Guareí – alimentação.
Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Situação Carcerária - NESC

Essa triste realidade, de subnutrição e precariedade alimentar, contribui sensivelmente para o recrudescimento da situação vivenciada nos calabouços que são a maioria das prisões paulistas.

4.3.9. VIOLAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA E AS SANÇÕES COLETIVAS

O NESC traz espantosa notícia de que há relatos de agressões contra pessoas presas em mais de 55% (cinquenta e cinco por cento) das unidades inspecionadas¹⁹⁶. São agressões

¹⁹⁵ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 82-83.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 93.

perpetradas pelos agentes penitenciários, que, dentre suas atribuições, está a de zelar pela integridade física dos presos.

Segundo o relatório da Defensoria Pública paulista, os agentes penitenciários, quando da inclusão dos presos no sistema, usam, gratuitamente, de *spray* de pimenta, gás lacrimogêneo e outros instrumentos de “contenção”, para submeter as pessoas que estão ingressando no cárcere ao primeiro choque de realidade.

Há, ainda, relatos de sanções coletivas que são vedadas pelo ornamento penal brasileiro, como já retratado alhures, aviltantes da dignidade da pessoa presa, como a que ocorreu no CDP de Limeira, que, segundo os defensores públicos, 60 pessoas ficaram presas em uma mesma cela e foram submetidas a privação “total e completa de alimentação e água por quase 24h”¹⁹⁷.

A desumanidade narrada pelo NESC é espantosa e evidencia o total descaso da administração penitenciária. Mas não há como discordar da conclusão trazida pela Defensoria Pública, que assevera que a responsabilidade deve ser compartilhada com o Poder Judiciário e Legislativo¹⁹⁸:

O Poder Executivo estadual não é o único responsável pela barbárie descrita neste relatório, mas também o Poder Legislativo, que não fiscaliza o Executivo, e o Poder Judiciário, que não garante direitos. Pelo contrário, é este o Poder responsável pelo encarceramento em massa desses corpos negros, jovens e descartáveis, de mãos dadas com o Ministério Público e que também, invariavelmente, decide as ações civis públicas que visam a garantir direitos das pessoas privadas de liberdade a favor do Estado-réu, a despeito das leis, tratados internacionais e da Constituição Federal que estabelecem de maneira cristalina direitos fundamentais para as pessoas presas.

4.4. ILEGALIDADE DO ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS OU DE SUPERLOTAÇÃO

Situações como as narradas no relatório do Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC) da Defensoria Pública do Estado de São Paulo evidenciam que os encarceramentos na referida unidade da federação são atentatórios à dignidade da pessoa presa.

¹⁹⁷ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 55

¹⁹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 57

A Corte Europeia de Direitos Humanos, conforme destacado por Massimo Pavarini¹⁹⁹, afirmou que, se o Estado não estiver preparado para garantir aos presos condições adequadas e dignas, deve necessariamente reduzir o número de pessoas presas, uma vez que qualquer pena que sacrifique direitos fundamentais, para além dos naturalmente atingidos com a privação da liberdade, torna ilegal a prisão.

A título de ilustração, há que se destacar que o Tribunale di Sorveglianza²⁰⁰ de Veneza determinou a suspensão da execução da pena, por considerar desumana e degradante a condição imposta aos presos que se encontravam encarcerados em celas com menos de 3 m², consoante se observa do excerto da sentença (ordinanza) nº 427, *in verbis*:

“[...] somente a suspensão da execução da pena detentiva remetida à decisão da autoridade judiciária é capaz de restabelecer uma condição de legalidade da execução no caso concreto. (...) a pena é legal somente se não consistir em tratamento contrário ao senso de humanidade – te tal forma que pena inumana é ‘não pena’ e por isso deve ser suspensa ou diferida em todos os casos nos quais se coloca em condições de tal forma degradantes a ponto de não garantir o respeito da dignidade do condenado”.²⁰¹ (Tradução livre)

Outra importante decisão foi da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁰². Por cinco votos a quatro, ela decidiu que as superlotações das prisões californianas ameaçavam a saúde e violavam os direitos constitucionais contrários as punições cruéis e inhumanas. No precedente americano, a Suprema Corte reconheceu que os tribunais podem emitir ordens para estabelecer limites à superlotação, sempre que necessário, para que seja garantido o respeito a um mandamento constitucional. Dessa forma, determinou que o Estado da Califórnia elaborasse um plano efetivo de redução da superlotação carcerária, com o objetivo de reduzir a população carcerária de 143.000 presos para 110.000, no prazo de 2 (dois) anos.

Com efeito, conforme destacado por Roig, “a imposição de qualquer forma de tratamento desumano ou degradante – tal como o encarceramento em condições de

¹⁹⁹ PAVARINI, Massimo. **Vivere in meno di 3 metri quadrati**. Quando la pena carceraria è desumana e degradante. Disponível em: http://www.ristretti.it/commenti/2013/marzo/pdf/articolo_pavarini.pdf. Acesso em 30 nov. 2023.

²⁰⁰ O Tribunale di Sorveglianza é um tribunal especializado e autônomo presidido por um magistrado de Cassação e composto pelos juízes de supervisão da comarca do Tribunale di Sorveglianza. De acordo com o sistema penitenciário italiano, ele é chamado a decidir sobre todos os pedidos de penas alternativas à prisão apresentados por presos condenados em definitivo nas prisões italianas. Fonte: Wikipedia.

²⁰¹ Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordinanza di rimessione, 13.02.2013 nº 427, *in* www.penalecontemporaneo.it. Acesso em 30 nov. 2023.

²⁰² <http://www.caed.uscourts.gov/caed/Documents/90cv520o10804.pdf>. Acesso em 05 mai. 2018.

superlotação – é ato que transcende a simples privação da liberdade, tornando a prisão ilegal”²⁰³.

Eugênio Zaffaroni ressalta que é absolutamente essencial passar a medir o tempo de prisão não mais de forma meramente cronológica ou linear, mas, sim, qualitativamente, considerando as variações de qualidade sofridas pela pena durante o seu curso²⁰⁴. Sustenta, ainda, que:

[...] não é só no tempo cronológico que se deve fixar um limite para o poder punitivo por meio da sua mensuração na sentença, mas qualitativamente na sua execução. Se a qualidade da execução penal traduzir um castigo mais gravoso, a pena deve ser objeto de redução compensatória, ou, nas hipóteses de intensa desproporcionalidade e dupla punição, inclusive produzir o cancelamento punitivo.

Voltando à realidade brasileira, o Constituinte Originário elevou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio dos princípios no ordenamento constitucional. José Afonso da Silva, ao analisar a dignidade no contexto constitucional brasileiro, destaca:

[...] (a) Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

[...]

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.²⁰⁵

Com efeito, não há direito algum que possa se sobrepor à dignidade humana. O próprio direito à vida tem ressalvas constitucionais, como as prevista no art. 5º, XLVII, “a”, que autoriza a pena de morte no Estado brasileiro “em caso de guerra declarada”²⁰⁶. No

²⁰³ ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 448.

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena.** Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación. Buenos Aires: FD UBA, p. 4.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **FGV, 1998.** <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47169/45637>

²⁰⁶ BRASIL, Constituição, artigo 5º, XLVII, “a”, [n.p].

entanto, não há exceção à dignidade humana, muito menos quando cotejado com a “teoria da supremacia do Estado”²⁰⁷.

Destarte, o encarceramento em presídios superlotados, em situações desumanas e degradantes, como apontado neste capítulo, sinalizam que, nem de longe, os responsáveis pela gestão do sistema penitenciário nacional respeitam os comandos constitucionais garantidores da dignidade das pessoas presas. Algo há que ser feito para que essa dantesca e cruel situação seja modificada.

No próximo capítulo, serão propostos alguns mecanismos que podem minimizar o impacto desse estado de coisas inconstitucional e flagrantemente ofensivo à dignidade das pessoas presas. O Código Penal e a Lei de Execução Penal, se fossem aplicados nos exatos termos preconizados, já seriam bons mecanismos de redução da população carcerária. Um exemplo claro são as regras de progressão de regime, que são constantemente descumpridas pela administração penitenciária, na medida em que atrasam, sem qualquer fundamentação justa e plausível, os processos de concessão do referido direito.

5. POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”, e meros usuários de drogas em agentes do tráfico. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% (setenta por cento) e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas²⁰⁸, embora haja uma certa divergência em relação aos números, conforme se adote uma ou outra pesquisa, mas o certo é que os dados de reincidência são alarmantes.

²⁰⁷ ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 446: “[...] as teorias da supremacia especial do Estado (também denominadas teorias da relação especial de sujeição ou teorias da relação especial de poder) defendem, desde sua gênese, a existência de uma especial sujeição de certas categorias (dentre elas as pessoas encarceradas) ao Estado, sujeição esta que conduziria à própria possibilidade de flexibilização do princípio da legalidade. Além disso, ao realizar a limitação da liberdade, o Estado também estaria legitimado a suprimir ou reduzir outros direitos (violação colateral), com fundamento na primazia do direito estatal”.

²⁰⁸ STF. Plenário. ADPF nº 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015.

João Marcos Buch evidencia, em poucas palavras, o porquê da necessidade de se discutir e apresentar instrumentos desencarceradores para o sistema penitenciário nacional:

Anos atrás, numa viagem a Berlim resolvi conhecer o Campo de Concentração de Sachsenhausen, que fica nos arredores da pujante capital germânica. Naquele local, milhares de opositores políticos, judeus, ciganos, homossexuais foram exterminados durante a Segunda Guerra Mundial. Ao adentrar no campo, passando pelo emblemático portal sob as inscrições “Arbeit Macht Frei” (em tradução livre: o trabalho liberta), caminhando por entre escombros e galpões preservados, senti profunda angústia”. [...] Hoje, ao pisar no chão de uma prisão e ver o holocausto daquela população formada em sua maioria por jovens, todos amontoados, juntos e misturados, confinados em espaços sujos, com ratos e baratas, sem vestes adequadas, sem materiais de higiene, comendo com as mãos a pastosa ração diária servida; quando percebo que boa parte não sobreviverá, matará e morrerá antes dos 30 anos, sinto igual angústia, como a que senti no campo de concentração²⁰⁹.

Não se pode tolerar, inertemente, que se perpetue, no sistema carcerário brasileiro, esse estado degradante e inconstitucional de coisas. O objetivo deste capítulo é apontar que há mecanismos, no próprio arcabouço legislativo brasileiro, que podem minorar, sensivelmente, a situação atual dos presídios brasileiros. Para além disso, há alternativas penais, não encarceradoras, que são fundamentais para arrefecer o aumento populacional nas prisões brasileiras e, também, trazer novos mecanismos para a diminuição da superlotação.

Dessa forma, para tornar mais didática a compreensão dos mecanismos desencarceradores, este capítulo será subdividido em três frentes: (a) mecanismos já existentes no ordenamento jurídico; (b) alternativas penais e; (c) descriminalização das drogas com arrimo no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.

5.1. MECANISMO DESENCARCERADORES JÁ EXISTENTES NO ORDENAMENTOS NACIONAL

O arcabouço normativo brasileiro traz mecanismos importantes, que, adequadamente utilizados, poderiam ajudar, sensivelmente, na redução da população carcerária, e são eles: indulto; comutação da pena; progressão de regime; remição de pena; livramento condicional; suspensão condicional da pena; monitoramento eletrônico e; aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à privativa de liberdade.

²⁰⁹ BUCH, *apud* VALOIS, Luís Carlos, *op. cit.*, p. 9-10.

5.1.1. INDULTO

O indulto consiste no perdão da pena, total ou parcialmente, concedido pelo chefe do Poder Executivo a condenados que preenchem determinados requisitos estabelecidos em um decreto presidencial, como, por exemplo, o tempo de cumprimento da pena, a natureza do crime e outros critérios estabelecidos pelo decreto.

O referido instituto jurídico, previsto no artigo 84, XII, da Constituição da República, confere ao Presidente da República a competência para conceder o indulto e a comutação de penas: “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.”²¹⁰

É importante destacar que o indulto é um ato discricionário do Presidente da República e que, por ser um ato político, pode gerar controvérsias e críticas. Além disso, o indulto não é um direito do condenado, mas sim uma faculdade do chefe do Poder Executivo, que pode ou não conceder, de acordo com sua avaliação política e jurídica.

Os Presidentes da República no Brasil, tradicionalmente, nos finais de ano, por ocasião do Natal, concedem indulto às pessoas condenadas ou submetidas às medidas de segurança. Consoante se depreende do artigo 107, II, do Código Penal, o indulto é uma causa de extinção da punibilidade. Por conta da competência presidencial, não há como deixar de considerar que se trata de uma opção política.

Absolutamente relevante a posição adotada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que recomendou a aplicação do indulto também aos presos provisórios²¹¹, conforme se extrai do artigo 1º da Resolução nº 12/2009. No mesmo sentido da orientação do referido Conselho é a posição de Rodrigo Roig, da qual comungamos integralmente:

Nessa perspectiva, o indulto poderia ser concedido antes da sentença condenatória (indulto em perspectiva) ou no momento desta (indulto pela pena em concreto). De fato, não há sentido permitir que o juiz de conhecimento possa extinguir a punibilidade por outras causas (prescrição, perdão etc.), mas não pelo indulto, ou ainda, reconhecer a comutação de pena. Além disso, se o tempo de prisão provisória pode ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, §2º, do CPP, com a redação dada pela Lei

²¹⁰ BRASIL, Constituição, artigo 84, XII, [n.p].

²¹¹ BRASIL, Secretaria Nacional de Política Penal, Resolução nº 12, de 18 de dezembro de 2009. Art. 1º. “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.”, [n.p].

12.736/2012), com igual razão deve ser considerado para fins de indulto e comutação de pena. O emprego da analogia é perfeitamente viável.²¹²

Nesse sentido, o Decreto Presidencial nº 9.370/2018, em seu artigo 3º, §4º²¹³, conferiu ao juízo do processo de conhecimento a possibilidade da concessão do indulto e da comutação da pena, com o trânsito em julgado para a acusação. Observa-se, também, a mesma possibilidade no Decreto Presidencial nº 10.189/2019²¹⁴.

Não há dúvida que o indulto pode ser um importante instrumento de redução da população carcerária. Todavia, os decretos de indulto são muito tímidos e, com isso, acabam por beneficiar poucos presos. O Indulto do Presidente Michel Temer, exarado no Decreto nº 9.246/17, foi um dos mais amplos instrumentos utilizados no Brasil, conforme se extrai da regra geral prevista no artigo 1º:

Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa; (Vide ADIN Nº 5874)

II - um terço da pena, se não reincidentes, e metade da pena, se reincidentes, nos crimes praticados com grave ameaça ou violência a pessoa, quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos;

III - metade da pena, se não reincidentes, e dois terços da pena, se reincidentes, nos crimes praticados com grave ameaça ou violência a pessoa, quando a pena privativa de liberdade for superior a quatro e igual ou inferior a oito anos;

IV - um quarto da pena, se homens, e um sexto da pena, se mulheres, na hipótese prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, quando a pena privativa de liberdade não for superior a oito anos;

V - um quarto do período do livramento condicional, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes, desde que a pena remanescente, em 25 de dezembro de 2017, não seja superior a oito anos, se não reincidentes, e seis anos, se reincidentes;

VI - um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes, nos casos de crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, desde que haja reparação do dano até 25 de dezembro de 2017, exceto se houver inoccorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo; ou

VII - três meses de pena privativa de liberdade, se comprovado o depósito em juízo do valor correspondente ao prejuízo causado à vítima, exceto se houver incapacidade econômica para fazê-lo, no caso de condenação a pena privativa de

²¹² ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 412.

²¹³ BRASIL. Decreto Presidencial nº 9.370, de 11 de maio de 2018. § 4º “Fica facultada ao juiz do processo de conhecimento a concessão dos benefícios previstos neste Decreto nos casos em que a sentença condenatória tenha transitado em julgado para a acusação”. [n.p].

²¹⁴ BRASIL. Decreto Presidencial nº 10.189, de 23 de dezembro de 2019. Art. 6º. “O indulto natalino de que trata este Decreto é cabível ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa por instância superior; II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após o julgamento em segunda instância; III - a pessoa condenada esteja em livramento condicional;

IV - a pessoa condenada seja ré em outro processo criminal, mesmo que o objeto seja um dos crimes a que se refere o art. 4º; e

V - não tenha sido expedida a guia de recolhimento.”, [n.p].

liberdade superior a dezoito meses e não superior a quatro anos, por crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, com prejuízo ao ofendido em valor estimado não superior a um salário mínimo.

Parágrafo único. O indulto natalino será concedido às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade que, no curso do cumprimento da sua pena, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, reconhecida por decisão colegiada de segundo grau de jurisdição.²¹⁵

Ao se analisar o fato, os indultos são concedidos como regra, especialmente no período pós-redemocratização, às pessoas condenadas a penas privativas de liberdade não superior a determinada quantidade de anos, e que tenham cumprido uma fração desta pena, que varia a depender se o indivíduo é reincidente ou primário.

Esta fórmula foi observada em todos os decretos exarados na vigência da Constituição de 1988, com exceção do Decreto Presidencial nº 9.246/2017, que cindiu a regra geral em duas, conforme se depreende do artigo 1º acima transcrito.

Para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, o dispositivo aponta a necessidade, tão somente, de ser cumprida determinada fração da pena, independentemente de tempo máximo de pena imposta ao condenado. Por outro lado, possibilitou a incidência do indulto para os condenados pela prática de crimes com violência ou grave ameaça, exigindo, para estes, além do cumprimento de parte da pena imposta, que a sanção não ultrapassasse determinado patamar.

No entanto, em que pese a maior amplitude trazida pelo Decreto nº 9.246/2017, o efetivo alcance foi abaixo do esperado. Isso aconteceu, principalmente, pela ausência de formulação dos pedidos pelas defesas dos possíveis beneficiados, bem como pela demora na apreciação dos pedidos e pelos indeferimentos com base em requisitos e entendimentos estranhos ao decreto (ativismo judicial).

Portanto, para além da elaboração de decretos mais ousados, que possam alcançar mais condenados e, com isso, promover a necessária diminuição da população carcerária, faz-se necessária a conjunção de esforços dos órgãos de assistência judiciária e do Poder Judiciário. A assistência judiciária deve trabalhar com o escopo de analisar a situação da população carcerária que, em sua esmagadora maioria, está desassistida de uma defesa técnica que possa efetivamente acompanhá-la durante a execução da pena. Já o Poder Judiciário cumpre o seu papel quando age com celeridade na análise dos pedidos de

²¹⁵ BRASIL. Decreto Presidencial nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, artigo 1º, [n.p].

concessão, restringindo-se o exame do preenchimento dos requisitos aos parâmetros preconizados no Decreto Presidencial.

Constitucionalmente, adotando-se uma linha mais ortodoxa, a proibição da concessão de indulto encontra lugar para os crimes tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos. Logicamente que não são poucos os crimes que encontram vedação constitucional, infelizmente. No entanto, nada impede que outros delitos, como os patrimoniais (com exceção dos considerados hediondos), que compõem quase 40% (quarenta por cento) da população carcerária, sejam objeto de indulto.

Verônica dos Santos Sionti destaca que a “realidade do encarceramento no Brasil e o desenho constitucional do indulto em nossa Constituição, assim, indicam que a definição usualmente dada ao indulto deve ser lida de maneira reversa: com o indulto, o Estado não concede, mas pede perdão”²¹⁶; e, partindo-se dessa conclusão, e diante do estado de coisas inconstitucional do caótico e medieval sistema penitenciário brasileiro, a concessão de indultos amplos e mais ousados são, em verdade, uma recompensa estatal pela sua ineficiência em custodiar as pessoas presas.

Não há dúvidas de que o indulto é o mecanismo político-jurídico mais célere para minimamente aplacar esse cenário assustador que assola o sistema penitenciário brasileiro. Além disso, embora seja uma medida tradicionalmente adota por ocasião das festividades natalinas, não há qualquer entrave à sua concessão a qualquer momento. A situação dos presídios, diante dessa gritante ofensa à dignidade das pessoas presas, que são tratadas como coisas, exige do Estado brasileiro uma ação rápida e eficiente, evitando-se a imposição de mais danos aos custodiados, que já sofrem com a privação de suas liberdades.

5.1.2. COMUTAÇÃO DA PENA

A comutação é a transformação (mutação) da pena privativa de liberdade por outra, de menor quantidade ou distinta qualidade, desde que o condenado preencha os requisitos previstos no Decreto Presidencial.

Alexis Couto de Brito destaca que por meio da comutação, “ato que também está previsto como atribuição privativa do Presidente da República, a máxima autoridade

²¹⁶ SIONTI, Verônica dos Santos. **Indulto e desencarceramento no Brasil**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2021. p. 152.
<https://repositorio.usp.br/item/003056497>.

administrativa pode, em tese, converter o regime, a espécie de pena, ou – o que é mais comum – diminuir a pena em certa fração”²¹⁷.

Analisando os Decretos Presidenciais, com exceção dos decretos nº 8.940/2016 e nº 10.189/2019, todos permitiram a comutação de pena para as pessoas que não preencheram os requisitos, objetivos e/ou subjetivos, estabelecidos no instrumento normativo, desde que tenham cumprido parte da pena.

O Decreto nº 9.246/2017, exarado pelo Presidente Michel Temer, tratou a comutação da pena nos seguintes termos:

Art. 7º A comutação da pena privativa de liberdade remanescente, aferida em 25 de dezembro de 2017, será concedida, nas seguintes proporções:

I - à pessoa condenada a pena privativa de liberdade:

a) em um terço, se não reincidente, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um quarto da pena; e

b) em um quarto, se reincidente, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um terço da pena;

II - em dois terços, se não reincidente, quando se tratar de mulher condenada por crime cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, que tenha filho ou neto menor de quatorze anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um quinto da pena; e

III - à metade, se reincidente, quando se tratar de mulher condenada por crime cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, que tenha filho ou neto menor de quatorze anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um quinto da pena.

Parágrafo único. A comutação a que se refere o caput será concedida às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade que não tenham, até 25 de dezembro de 2017, obtido as comutações decorrentes de Decretos anteriores, independentemente de pedido anterior.²¹⁸

Dessa forma, tal como em relação ao indulto, a comutação da pena pode servir de mecanismo para o desencarceramento, quer quando a redução da pena resulta uma mudança de regime de cumprimento, que possibilita que o remanescente da pena seja, por exemplo, em regime aberto ou, mesmo, em prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico, bem como quando há mutação por pena restritiva de direitos.

As autoridades públicas, com mais ousadia e menos receio da repercussão negativa de seus atos, podem, rapidamente, ao adotar o indulto ou a comutação, diminuir

²¹⁷ BRITO, Alexis, *op. cit.*, p. 605.

²¹⁸ BRASIL. Decreto Presidencial nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, artigo 7º, [n.p].

substancialmente a população carcerária, minimizando o estado de coisas inconstitucional que impera nos presídios brasileiros.

5.1.3. PROGRESSÃO DE REGIME

A execução da pena privativa de liberdade, no Brasil, conforme se depreende do artigo 33, §2º, do Código Penal, e do artigo 112 da Lei de Execução Penal, funda-se no sistema progressivo, que permite à pessoa presa, cumpridos requisitos objetivos e subjetivos, passar para um regime menos gravoso.

A Lei nº 13.964/2019 introduziu novos e importantes parâmetros aos requisitos objetivos para a progressão de regime, consoante se extrai da leitura do artigo 112 e incisos:

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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.²¹⁹

²¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, artigo 112, incisos I a VIII, [n.p].

Referida lei, popularmente conhecida como “Pacote anticrime”, veio na onda do “lavajatismo”²²⁰, idealizada pelo ex-Juiz Federal e ex-Ministro da Justiça Sergio Moro, bem como pelos procuradores da República que atuaram na Força Tarefa da Lava Jato, tendo como objetivo maior o recrudescimento punitivista do sistema penal e processual penal brasileiro.

Com exceção do inciso I, que permite a progressão de regime, cumprido 16% (dezesseis por cento) na pena, se o condenado for primário, e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, todos os demais incisos trouxeram parâmetros objetivos mais gravosos, o que dificulta, assim, o direito do apenado a ser transferido para o um regime menos gravoso.

O artigo 112 da LEP previa, anteriormente, a inovação legislativa, conforme a seguinte redação:

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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.²²¹

A Lei dos Crimes Hediondos ou equiparados, com a redação dada ao parágrafo 2º do artigo 2º, pela Lei 11.464/2017, estabelecia regramento próprio, diverso e menos gravoso que o atual artigo 112²²², que prevê a exigência de cumprimento de 2/5, se o apenado por primário, e 3/5, se reincidente.

Todavia, não foram só de espinhos as inovações introduzidas pelo Pacote Anticrime à Lei de Execução Penal, conforme se depreende do §5º do artigo 112: “Não se considera

²²⁰ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-62550844>

²²¹ BRASIL. LEP, artigo 112, [n.p].

²²² BRASIL, Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.

“V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.”, [n.p].

hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.”²²³ O referido dispositivo da Lei nº 11.343/2006 traz a figura do tráfico privilegiado. São requisitos para configuração do referido privilégio: que o agente seja primário; de bons antecedentes; não se dedique às atividades criminosas; nem integre organização criminosa.

A Lei de Execução Penal, dentre as inúmeras alterações que sofreu desde sua entrada em vigor, teve acrescido o §3º²²⁴ ao artigo 112, pela Lei nº 13.769/2018, a qual trouxe normativa própria de progressão de regime para mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

Alexis Couto de Brito²²⁵, examinando o dispositivo, assevera que qualquer mulher nessas condições fará jus ao regime especial, até mesmo as condenadas por crimes hediondos, por expressa previsão deste diploma (art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90). Destaca, ainda, que o texto está em consonância com a previsão constitucional de que também “cabe ao Estado a proteção à criança, ao adolescente e ao jovem e garantia de seus direitos, dentre os quais o de convivência familiar e proteção contra toda forma de negligência” (art. 227 da CF), bem como “de total proteção às pessoas portadoras de deficiência” (art. 23 da CF)”²²⁶. Ressalta, por fim, que é perfeitamente possível, razoável e politicamente correto que, no caso do preenchimento dos requisitos do § 3º, “conceda-se este direito à mulher, o que terá reflexo direto no bem-estar do nascituro, recém-nascido, criança ou portador de deficiência que de fato necessitam de maiores cuidados e presença familiar.”²²⁷

Considerando o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF, bem como o princípio do *numerus clausus*, que, em síntese, determina que o número de presos deve corresponder,

²²³ BRASIL, Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, artigo 112, §5, [n.p].

²²⁴ BRASIL, Lei nº 13.769, de 18 de dezembro de 2018. § 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: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

V - não ter integrado organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)”, [n.p].

²²⁵ BRITO, Alexis, *op. cit.*, p. 399.

²²⁶ BRASIL, Constituição, artigos 23 e 227, [n.p].

²²⁷ BRASIL, Lei nº 13.768, de 18 de dezembro de 2018. § 3º, [n.p].

necessariamente, ao número de vagas no sistema penitenciário, afigura-se incompreensível o recrudescimento do sistema de progressão de regime trazido com o “Pacote Anticrime”.

Para que a progressão de regime seja um instrumento relevante para mitigar o severo problema da superlotação carcerária, há que serem alterados, novamente, os parâmetros dos prazos de cumprimento das penas, mediante a edição de nova legislação, a qual possa estabelecer regras mais flexíveis e consentâneas à realidade caótica dos presídios brasileiros. Embora seja uma medida contramajoritária, que irá encontrar resistência na sociedade, deve ser enfrentada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

A pena de prisão, tal como se encontra o sistema carcerário brasileiro - superlotado, desumano, degradante –, serve, exclusivamente, como um equipamento de repressão, um lugar de isolamento, de distanciamento social, que nada repara, que nada restaura, pior, que devolve a pessoa custodiada mais violenta. Essa prisão de hoje, que captura vidas, representa um modelo cruel e insensível de diminuir o valor da dignidade daqueles que estão submetidos a ela.

Por fim, cumpre destacar que o sistema de progressão é operacionalmente falho, conforme se extrai dos dados apresentados no Relatório de Informações Penais – RELIPEN, da Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN, que apontam que presos no regime fechado com direito de progredir para o semiaberto, e do semiaberto, para progredir para o aberto, aguardam indevidamente a concretização dos seus direitos. Por exemplo, há 9.712²²⁸ presos em regime fechado que progrediram e aguardam transferência para o semiaberto. Ou seja, é patente a falta de interesse das autoridades em resolver esse estado de coisas inconstitucional.

Uma alternativa para suplantar esse problema seria a automatização e a uniformização do sistema de cumprimento de pena. O Conselho Nacional de Justiça desenvolveu uma ferramenta que objetiva a integração e a centralização da gestão dos processos de execução (Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU). Nos estados que já adotaram, houve uma redução de até 98% no tempo de concessão de benefícios²²⁹. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda não implementou o referido sistema. Mas, ainda assim, demanda boa vontade dos gestores administrativos. A solução seria permitir

²²⁸ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>

²²⁹ <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado214826202003055e6173aacc7c7.pdf>

que o advogado, ou defensor público, pudesse acessar o sistema e obter as certidões comprobatórias, fato que aceleraria muito o processo de concessão.

5.1.4. REMIÇÃO DA PENA

A remição permite que o preso – provisório ou condenado – em no regime fechado ou semiaberto, diminua o tempo de cumprimento da pena, pela realização de trabalho – interno ou externo – ou estudo. Conforme se extrai do §3º do artigo 126 da LEP, as remições por trabalho e estudo podem ser cumulativas, desde que as horas diárias sejam compatíveis.

A contagem de tempo para fins de remição, em relação ao período de trabalho do custodiado, é de 1 dia de pena para cada 3 dias de trabalho (art. 126, §1º, II, da LEP). Já na remição por estudo, a contagem de tempo é de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, sendo certo que as horas de estudo podem ser desenvolvidas de forma presencial ou por ensino a distância (EAD). Outra questão interessante é a prevista no §5º²³⁰ do artigo 126, que trata do acréscimo de um terço ao tempo a ser remido em recorrência da conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

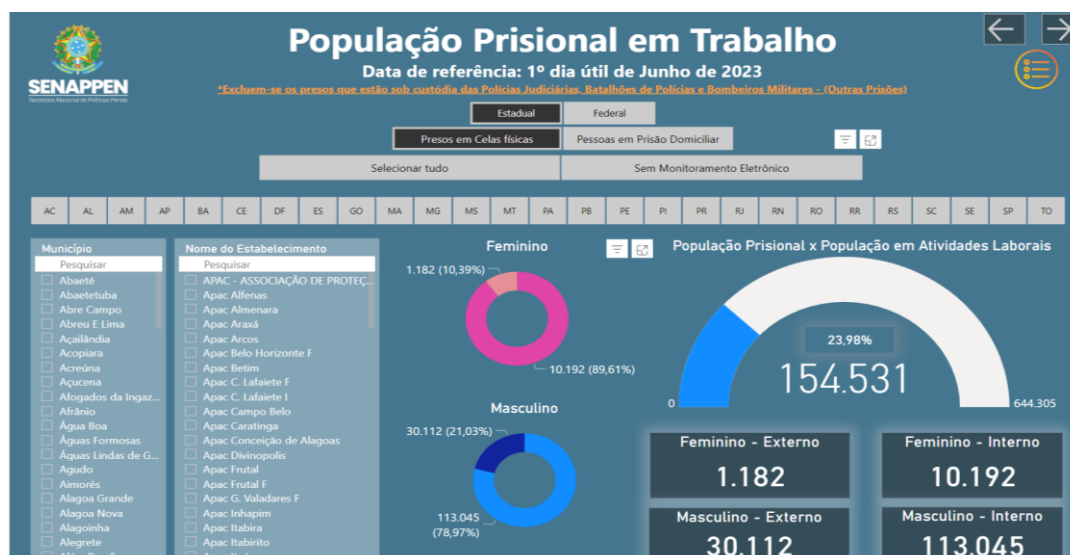
Outra forma de remição recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça²³¹ (Brasil. CNJ. Resolução nº 391, de 10 de maio de 2021), consiste no desconto da pena pela leitura de obras disponíveis na unidade prisional. O custodiado tem um prazo de 21 a 30 dias para a leitura, e, ao finalizar, deve elaborar uma resenha da obra lida. A cada obra lida, após a avaliação da resenha por servidores da unidade prisional, o preso terá direito a remir 4 dias de sua pena. Além do mais, com a leitura de 12 obras (com apresentação das resenhas e suas avaliações), terá a possibilidade de descontar 48 dias da sua pena, dentro do prazo de 12 meses.

Não há dúvida sobre a importância da remição como mecanismo de encurtamento da pena e, consequentemente, para o arrefecimento do problema da superlotação carcerária. No entanto, a realidade das unidades prisionais é outra. Há poucas vagas para que as pessoas presas possam trabalhar e fazer jus ao direito de remir a pena. Os dados apresentados até o

²³⁰ BRASIL. LEP, artigo 126, §5: “O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.”, [n.p].

²³¹ <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>.

1º dia útil de junho sinalizam que apenas 154.531 das pessoas presas, do total de 649.592 custodiados nas unidades prisionais brasileiras, têm a oportunidade de trabalhar e, conseqüentemente, remir a pena. (Gráfico 2: fonte SENAPPEN)



Fonte: SENAPPEN

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

No tocante à atividade de ensino, do total das pessoas presas no Brasil, apenas 134.817 (134.689 nas unidades estaduais e 128 nas unidades federais) estão matriculadas em educação regular (escolar), o que representa algo próximo a 20% (vinte por cento)²³².

Entretanto, em relação à remição por atividades de educação não-escolar, por capacitação profissional (acima de 160 horas aula), atividades complementares, pelo esporte e leitura, tiveram enorme alcance, conforme se extrai do quadro apresentado pelo SENAPPEN²³³: (Gráfico 3: fonte SENAPPEN)

²³² <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

²³³ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>



Fonte: SENAPPEN

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepend>

Como fica a situação das pessoas presas, quando há impossibilidade de realizar atividade laborativa ou educacional que decorre, exclusivamente, da incapacidade estatal de oportunizá-las?

Comungamos do entendimento esposado por Rodrigo Roig, que assevera ser “acertada a tese de que o condenado que deseja trabalhar ou estudar não pode ser prejudicado pela ineficiência estatal, fazendo jus, portanto, à remição ficta da pena”²³⁴. Roig continua, e ressalta que:

Não é razoável que o Estado exija do condenado o cumprimento do dever de trabalhar, mas não ofereça condições para tanto, e pior, não compense o inadimplemento de seu dever de oferta laborativa. Nem se diga que o beneficiamento daqueles que não trabalham produziria ruptura da igualdade com os que trabalham, pois tal visão inverte a lógica jurídica *favor rei*. Na verdade, a ruptura da igualdade ocorre justamente ao não se assegurar a todos os presos o efetivo direito ao trabalho, discriminando-se alguns por desídia política-administrativa ou ausência de condições materiais.

[...]

Ademais, se o preso tem direito – como efetivamente tem – à prisão domiciliar pela inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime aberto ou semiaberto, não há razão para que deixe de ter direito à remição pela não disponibilização de trabalho ou estudo pela Administração. É no mínimo incoerente a imposição de tratamento diversos, se ambos os casos tratam do mesmo fenômeno: inadimplemento de deveres estatais por desídia ou falta de condições materiais.²³⁵

²³⁴ ROIG, Rodrigo, *op. cit.*, p. 326.

²³⁵ *Idem, ibidem.*

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Execução nº 0165959-25.2017.8.19.0001, enfrentou a questão da remição ficta:

Desta forma, considerando que o trabalho é condição de dignidade humana e que o trabalho e o exercício de atividade intelectual são direitos do preso, deve-se reconhecer a remição pleiteada, pois o preso não pode ser punido com maior rigor por ineficiência do Estado em disponibilizar trabalho e estudo, sobretudo quando algumas unidades prisionais contam com projeto de remição de pena pelo estudo e trabalho enquanto outras não instituíram tal projeto, vez que ignorar isto é violar novamente outro direito do réu, qual seja, a “igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena”, previsto no art. 41, XII, da LEP. (Rio de Janeiro (estado), TJRJ, 2021)

Não há dúvida da justiça do acolhimento da remição ficta (ou automática) na hipótese de inércia estatal em promover oportunidades de trabalho e estudo ao custodiado, quer porque o trabalho, além de ser um dever da pessoa presa, é um direito subjetivo seu, quer porque o estado horroroso dos presídios brasileiros, com déficit de vagas assombroso, com ocupação acima de 134% (cento e trinta e quatro por cento), segundo os dados atualizados em junho de 2023 pela Secretaria Nacional de Políticas Penais - SENAPPEN²³⁶.

5.1.5. LIVRAMENTO CONDICIONAL

O livramento condicional é a antecipação da liberdade, antes do término da pena privativa, mediante a imposição de condições. Busato destaca que o “livramento condicional é a última fase da execução da pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, cuja característica principal é a desinstitucionalização, ou seja, a passagem da execução da pena para fora do cárcere”²³⁷.

Com efeito, o referido instituto jurídico-penal permite o cumprimento do remanescente da pena privativa em liberdade, com escopo de propiciar a volta ao convívio em sociedade. Não se pode olvidar que se trata de um direito subjetivo do condenado, que cumpre as condições legais do artigo 83 do Código Penal.

Os requisitos para concessão do livramento condicional podem ser divididos em gerais e específicos.

²³⁶ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

²³⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral (Vol. 1). 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1343.

Os requisitos gerais são subdivididos em objetivos e subjetivos. Os requisitos gerais objetivos são: (a) a aplicação de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos (art. 83 do Código Penal); (b) cumprida mais de um terço da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes e; (c) a reparação do dano produzido pelo crime, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV, do Código Penal). Já os gerais subjetivos, após advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, são: (a) bom comportamento durante a execução da pena (inciso III, alínea a do art. 83 do CP); (b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses (inciso III, alínea b do art. 83 do CP); (c) bom desempenho no trabalho prisional atribuído (inciso III, alínea c do art. 83 do CP); (d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto (inciso III, alínea d do art. 83 do CP); e (e) em caso de crime praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, comprovação de prognose de não reincidência (parágrafo único do art. 83 do CP).

Alguns requisitos subjetivos, como o bom comportamento durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho prisional atribuído, a aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto e a comprovação de prognose de não reincidência, diante do grau de indefinição conceitual, devem ser analisados da maneira mais favorável ao condenado. Com isso, evita-se que arbitrariedades sejam realizadas pelas autoridades responsáveis pela concessão do direito. Imaginemos, como exercício dialético, a situação de uma pessoa presa em uma unidade superlotada, em condições desumanas e degradantes, sem acesso ao mínimo de higiene, com alimentação inadequada: há como exigir um comportamento além do satisfatório? Ou ainda, qual o critério justo para aferir a possibilidade de não reincidência?

Já os requisitos específicos estão previstos no inciso II do artigo 83: “cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso”²³⁸. Há que se ressaltar que o preso, nessa situação, também deve cumprir os requisitos gerais.

Ademais, o inciso V do artigo 83 do CP, traz os requisitos para o livramento condicional extraordinário, que são: (a) o condenado cumpriu mais de dois terços da pena privativa de liberdade aplicada; (b) foi condenado 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; e (c) não ter havido reincidência

²³⁸ BRASIL, CP, artigo 83, [n.p].

específica em crimes hediondos ou equiparados a hediondos. Não se pode esquecer que o condenado deverá, também, cumprir os requisitos gerais para a obtenção do direito à condicional extraordinária.

Já o artigo 132 da Lei de Execução Penal disciplina as condições obrigatórias para a concessão do livramento condicional: (a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; (b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação e; (c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

O §2º do artigo 132 estabelece as condições facultativas para o livramento: (i) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; (ii) recolher-se à habitação em hora fixada; iii) não frequentar determinados lugares.

Cumprir destacar, por oportuno, que o livramento condicional poderá ser revogado pelo descumprimento, desde que ele não preencha as condições impostas na sentença, ou incorra nas hipóteses de revogação obrigatória ou facultativa.

O juiz da execução deve revogar, obrigatoriamente, o livramento condicional, quando o liberado for condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício, ou, ainda, condenado por crime anterior cuja pena somada não autoriza o livramento.

Já a revogação facultativa, nos termos do artigo 87 do Código Penal, pode ocorrer quando o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

Ressalte-se que o livramento condicional, sem sombra de dúvidas, é um importante mecanismo desencarcerador, que, atendido a tempo e modo pelas partes envolvidas – advogado, administração penitenciária e poder judiciário – pode possibilitar a diminuição da população carcerária. Ocorre, no entanto, que, invariavelmente, há sensíveis atrasos na liberação dos documentos comprobatórios do preenchimento dos requisitos para a concessão do livramento condicional, o que acarreta, tal como nas progressões de regime, a privação indevida do direito ao apenado.

A mesma alternativa sugerida no tópico sobre a progressão de regime se aplica ao livramento condicional, ou seja, a automatização e uniformização do sistema de cumprimento de pena, com o desenvolvimento de prontuários eletrônicos das pessoas presas,

que seriam alimentados constantemente com as informações necessárias para a demonstração do cumprimento dos requisitos legais para concessão dos direitos dos custodiados. Assim, bastaria o advogado, ou defensor público, acessar o sistema e obter as certidões comprobatórias, fato que aceleraria muito o processo de concessão.

Enquanto isso não ocorre, as autoridades correccionais têm o dever de exigir que o procedimento administrativo seja concluído no menor tempo possível. Do contrário, não contribuirão para o arrefecimento do estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros.

5.1.6. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

A suspensão condicional da pena é um mecanismo despenalizante, na medida em que, cumpridas as condições legais, sobrestará a execução da sanção, por um determinado período. Porém, com o advento da Lei nº 7.209/84, que introduziu no ordenamento penal as penas alternativas (primeira onda das alternativas penais), a incidência do *sursis* restou limitada às hipóteses que não sejam indicadas ou cabíveis à imposição de penas restritivas de direitos em substituição das privativas de liberdade (art. 77, III, do CP).

O artigo 77 do Código Penal estabelece o regramento para a concessão da suspensão condicional da pena: (a) pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos; (b) não seja reincidente em crime doloso; (c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício e; (d) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Cumprir destacar que, durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. Ressalte que, no primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46 CP) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48 CP).

Outrossim, na hipótese do condenado haver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal lhe forem inteiramente favoráveis, o magistrado poderá substituir a exigência do parágrafo primeiro do artigo 78 pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização

do juiz e; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Entretanto, infelizmente, este instrumento despenalizante está em desuso, e permanece apenas como reminiscência histórica de uma importante alternativa penal, que poderia ser revitalizada, mediante alteração legislativa que permitisse sua aplicação em situações não alcançadas por outros mecanismos, como na hipótese de reincidência por crimes não violentos, com penas inferiores a quatro anos, que, como regra, não teriam a possibilidade de substituir a pena privativa por restritiva de direitos e seriam os presos alocados em regime prisional mais severo, desnecessariamente. Ainda mais diante do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros.

5.1.7. MONITORAMENTO ELETRÔNICO²³⁹

O monitoramento eletrônico pode desempenhar um papel extremamente relevante na redução da superlotação carcerária, quando empregado com a finalidade de vigilância, na medida em que permite o acompanhamento permanente do condenado sem a limitação da liberdade ambulatorial, sendo eficaz para lidar com os desafios do sistema prisional.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária defende o monitoramento eletrônico como instrumento hábil, juntamente com outras alternativas penais, para a diminuição da população carcerária.

O monitoramento eletrônico oferece uma série de benefícios que merecem destaque. Ressalte-se, inicialmente, que ele permite que indivíduos condenados cumpram suas penas fora das prisões, desde que preencham determinadas condições. Com isso, há, inevitavelmente, liberação de vagas nas unidades prisionais, para aliviar, em tese, a superlotação, que, historicamente, tem sido um problema. Com menos presos nas prisões, a qualidade de vida e as condições de detenção podem melhorar para os que permanecem encarcerados.

Além disso, o monitoramento eletrônico oferece uma abordagem mais humanizada para a execução de penas. Em vez de manter os condenados em confinamento 24 horas por dia, permite que eles continuem suas vidas com responsabilidades, trabalhando, estudando

²³⁹ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/dj216-2021-resolucao412-2021.pdf>

e cuidando de suas famílias, enquanto estão sob vigilância estatal. Com efeito, tal mecanismo pode contribuir, sensivelmente, para uma reintegração social mais eficaz, reduzindo-se, assim, a taxa de reincidência.

Rogério Greco²⁴⁰ aponta que “não se pode negar que os benefícios de um cumprimento de pena monitorado fora do cárcere são infinitamente superiores aos prejuízos causados no agente que se vê obrigado a cumprir sua pena intramuros.”

Túlio Vianna²⁴¹ destaca que:

O rastreamento de condenados por período determinado, quando decorrente de condenação judicial transitada em julgado, é uma alternativa viável para a punição de crimes de média gravidade. Sua aplicação como substituto das prisões processuais, por outro lado, é extremamente recomendável e pode significar o fim da restrição de liberdade àqueles que a Constituição presume inocentes. No entanto, lamentavelmente, o rastreamento eletrônico vem sendo utilizado não como uma alternativa ao cárcere, mas como um instrumento de controle de condenados já em livramento condicional, fase da execução penal que tradicionalmente foi destinada a testar a capacidade do condenado de se comportar de forma socialmente desejada. Trata-se de uma evidente incoerência testar a capacidade de auto-disciplina do condenado, rastreando-lhes os passos por meio eletrônico, já que o comportamento desejado será obtido não pela introspecção dos valores sociais no acusado ou por medo da sanção penal, mas por um controle direto das autoridades.

Poza Cisneros²⁴² ressalta a importância do monitoramento eletrônico como instrumento ensejador do cumprimento da finalidade ressocializadora da pena:

Desde a perspectiva dos fins da pena e tendo presente o valor constitucional prioritário da ressocialização, como finalidade primordial, porém não única, de penas e medidas privativas de liberdade, deve ser reconhecido que o fato de permitir que o sujeito permaneça com sua família, conserve seu trabalho, prossiga seus estudos, se submeta a tratamento externo e não sofra a estigmatização do cárcere, contribui para a ressocialização do apenado com grande diferença em relação aos resultados que podem ser esperados com sua permanência na prisão e sem perda significativa em relação àquelas atribuídas a outras alternativas como a suspensão. Tudo isso, ademais, oferecendo superiores garantias para a sociedade.

²⁴⁰ GRECO, Rogério. Monitoramento eletrônico. **Editora Impetus**, s/d. Disponível em: http://www.impetus.com.br/#display=downloads&container=content&module=jpf_client_user_group_file&view=show_my_all&id_file=240. Acesso em: 7 out. 2010.

²⁴¹ VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 163.

²⁴² POZA CISNERO, Maria. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. **Revista del Poder Judicial**. p. 129

Os programas de monitoramento eletrônico existentes em alguns países, especialmente Suécia, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, apontam para significativa redução da reincidência²⁴³.

Ainda, não se pode olvidar da vantagem econômico-financeira da adoção do monitoramento eletrônico como alternativa penal. Manter uma pessoa presa representa um custo mensal da ordem de R\$2.244,47²⁴⁴ (dois mil, duzentos e quarenta e quatro reais e quarenta e sete centavos), enquanto o monitoramento eletrônico tem um custo de R\$198,00²⁴⁵ (cento e noventa e oito reais) mensais por equipamento monitorado. Sem dúvida, é uma alternativa mais econômica. Também, os recursos economizados podem ser direcionados para programas de reabilitação, educação e treinamento, que têm o potencial de reduzir o ciclo criminoso.

No Brasil, a norma que trata sobre o monitoramento eletrônico é a Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Essa lei estabelece diretrizes para a utilização de equipamentos de vigilância eletrônica no monitoramento de pessoas condenadas ou sob medida cautelar de prisão domiciliar. Ela regula as condições e os procedimentos para a implementação desse tipo de monitoramento no país, incluindo aspectos relacionados à privacidade e aos direitos dos condenados. No entanto, é uma norma muito tímida, que poderia ser ampliada e utilizada, efetivamente, como alternativa à pena privativa de liberdade, nos crimes de média e baixa lesividade.

Não há óbice constitucional para que a lei nova preveja a possibilidade da utilização do monitoramento eletrônico como pena autônoma, bastando, para tanto, que seja compatível com os princípios constitucionais da legalidade, individualização da pena, personalidade e dignidade humana. Inequivocamente, seria um importante mecanismo para diminuição do crescimento da população carcerária, bem como um redutor da superlotação.

²⁴³ CARDET, Christophe. **Le placement sous surveillance électronique**. Paris: Harmattan, 2004. p.18.

²⁴⁴ <https://app.powerbi.com/view>.

²⁴⁵ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-tecnicas/assistencia/monitoracao-eletronica.pdf/>

5.1.8. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

A pena restritiva de direitos é uma das três espécies de penas – privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa – a serem aplicadas ao condenado, conforme artigo 32 do Código Penal.

No sistema penal brasileiro, as penas restritivas são alternativas à pena privativa de liberdade. É importante destacar que o artigo 44 do Código Penal estabelece os requisitos exigidos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Segundo o artigo 44, a pena deve ser substituída quando: (a) não houve violência ou ameaça no cometimento do crime, a pena aplicada não for maior do que 4 anos, ou para crimes culposos, independentemente da pena; (b) o réu não for reincidente em crime doloso; e (c) o réu não tiver maus antecedentes.

Já o artigo 43 do Código Penal descreve as possibilidades de penas restritivas como: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, e interdição de direitos.

Não há dúvida da importância das penas restritivas de direitos como alternativa penal. No entanto, para que sejam mais efetivas, necessitam de alteração legislativa, quer para flexibilizar as condições para substituição da pena privativa de liberdade, quer para torná-la pena autônoma, para os crimes de média e baixa lesividade. Uma opção seria permitir que réu, mesmo reincidente em crime doloso ou com maus antecedentes, em situações excepcionais, em que as demais circunstâncias lhe sejam favoráveis, pudesse substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito; para tanto, aumentaria o prazo de cumprimento ou a quantidade de penas alternativas.

5.2. MEDIDAS URGENTES PARA UMA DRÁSTICA REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE ENCARCERAMENTO

Para além dos referidos direitos já apontados acima, que, aplicados corretamente, a tempo e modo, podem contribuir para redução da superlotação carcerária, serão propostas medidas emergenciais com o objetivo de provocar um importante efeito desencarcerador.

A seguir serão apresentadas propostas que podem contribuir, sensivelmente, para redução da superlotação dos presídios brasileiros: (a) conversão do regime aberto e

semiaberto, que ainda remanescem em celas físicas durante o repouso noturno, por monitoramento eletrônico; (b) revisão, a cada 90 dias, de forma obrigatória, das prisões provisórias; (c) liberdade vigiada para os presos condenados por crimes apenados com detenção; (d) liberdade aos presos com enfermidades graves: uma questão de dignidade; (e) processo de desencarceramento das mulheres gestantes e com filhos menores de doze anos; (f) justiça restaurativa para os crimes patrimoniais, sem violência ou grave ameaça, e para crimes contra a administração pública, sem violência ou grave ameaça e; (g) descriminalização do tráfico de drogas, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.

5.2.1. REGIMES SEMIABERTO E ABERTO. CUMPRIMENTO EM CELAS FÍSICAS²⁴⁶. SUBSTITUIÇÃO POR MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Os regimes de cumprimento de pena, no ordenamento brasileiro, são: fechado, semiaberto e aberto. Serão abordados, mais detidamente, os regimes semiaberto e aberto. O regime fechado é cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, inspirado pela vigilância ostensiva. Consoante se observa do censo realizado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN (atualizado em 30 de junho de 2023), há 336.829 pessoas presas que cumprem pena em regime fechado nas unidades prisionais do Brasil.

O regime semiaberto de cumprimento de pena privativa de liberdade, como se observa do artigo 91 da Lei de Execução de Penal, deve ser cumprido em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar. No entanto, em decorrência do déficit de vagas em unidades próprias, 118.328 pessoas, que estão no regime semiaberto, continuam em celas físicas durante o período noturno, ou seja, durante o dia, saem para trabalho e/ou estudo, porém retornam para dormir no estabelecimento prisional, em inequívoco descompasso ao enunciado da Súmula Vinculante 56, que assim dispõe: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” (Brasil, STF, 2016).

Com efeito, os parâmetros estabelecidos no referido julgado são estes:

²⁴⁶ Presos em cela física: Presos que, independentemente de saídas durante o dia, para trabalho e/ou estudo, dormem no estabelecimento prisional, ou seja, ocupam vagas;

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados:

- (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;
- (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
- (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (Brasil, STF, 2016)

Em que pese o enunciado sofrível da SV nº 56/STF, não há dúvida de que o condenado não pode permanecer cumprindo a pena em regime mais gravoso, ainda mais diante do estado de coisas inconstitucional reconhecido pela Corte Suprema, na ADPF nº 347/DF, razão pela qual devem ser adotadas medidas urgentes, para que os indivíduos que ainda estão em celas físicas sejam colocados em liberdade monitorada.

Ressalte-se, ainda, que as mais de 118 mil pessoas em semiaberto, que saem para trabalhar durante o dia e regressam para dormir nos estabelecimentos prisionais, representam um custo para o Estado de mais 220 milhões de reais por mês. Haveria uma substancial economia, se eles fossem colocados em liberdade eletronicamente monitorada. De acordo com o Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional, o custo médio, por mês, do dispositivo de monitoramento eletrônico, é de R\$ 198,48 (cento e noventa e oito reais e quarenta e oito centavos), o que representa um custo mensal, por pessoa, de R\$ 23.485.741,44 (vinte e três milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil, setenta e sete reais e quarenta e quatro centavos). (Gráfico 4: fonte SENAPPEN)



Fonte: SENAPPEN
<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

Portanto, para além dos benefícios ressocializadores de colocar em liberdade, as pessoas presas em celas físicas, se cumprirem pena em regime semiaberto, há substancial economia para os Estados. Ou seja, uma economia de quase R\$ 200 milhões de reais por mês, segundo informações oficiais extraídas do Ministério da Justiça²⁴⁷.

Por outro lado, tão grave quanto a situação dos presos em regime semiaberto é a situação das pessoas presas em regime aberto, mas que ainda se encontram em celas físicas. Conforme se extrai do artigo 93 da Lei de Execução Penal, “A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana”²⁴⁸.

Aqui reside o primeiro problema, uma vez que há apenas 23 unidades destinadas ao cumprimento da pena em regime aberto. Dessa forma, sem sombra de dúvidas, a utilização de mecanismos alternativos de controle do cumprimento das condições impostas para o ingresso no regime aberto deve ser buscada. Dentre as possibilidades trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 641.320/RS, está a utilização do monitoramento eletrônico.

Em que pese a exigência legal que o cumprimento seja em Casa de Albergado, e a jurisprudência, diante da ineficiência estatal, tenha autorizado, inclusive, a prisão-albergue domiciliar, na hipótese de falta de vagas, o censo realizado pelo SENAPPEN, atualizado em 30 de junho de 2023, aponta que há 6.872²⁴⁹ pessoas presas, em celas físicas, no regime aberto, nas unidades prisionais do Brasil. Portanto, há mais de 6.800 pessoas ilegalmente mantidas em regime fechado, quando deveriam estar cumprindo o remanescente da pena sem a vigilância ostensiva do Estado, na medida em que o regime aberto se baseia no senso de autodisciplina e responsabilidade do apenado.

Destarte, considerando a situação das pessoas presas, indevidamente, em celas físicas, mesmo se cumprissem as penas nos regimes semiaberto e aberto, que poderiam estar em liberdade monitorada e voltar ao convívio social, teríamos 125.200 vagas para os presos em regime fechado. Hoje, a defasagem, no regime fechado, nos presídios masculino, é da ordem de 95.000 vagas, ou seja, adotando-se a alternativa penal de colocar em liberdade

²⁴⁷<https://www.gov.br/senappen/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-tecnicas/assistencia/monitoracao-eletronica.pdf/>

²⁴⁸ BRASIL, LEP, artigo 98, [n.p].

²⁴⁹ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-tecnicas/assistencia/monitoracao-eletronica.pdf/>

monitorada todos os presos dos regimes semiaberto e aberto, haverá um *superavit* de 30.000 vagas.

E é claro que não se pode esquecer que há 180.205 pessoas presas provisoriamente no Brasil, que ajudam a agravar, sensivelmente, a superlotação do caótico sistema penitenciário brasileiro. A seguir, serão tratadas as alternativas para a situação das prisões cautelares com prazo indeterminado no Brasil.

5.2.2. REVISÃO, A CADA 90 DIAS, DE FORMA OBRIGATÓRIA, DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

O relatório da Secretaria Nacional de Política Penal aponta que há 180.205 pessoas presas provisoriamente no Brasil (dados atualizados em 30 de junho de 2023). Os custodiados cautelarmente, ou seja, sem condenação definitiva (transitada em julgado), em verdadeira antecipação do cumprimento da pena, representam 27,74% da população carcerária brasileira. O relatório de informações penais – RELIPEN (primeiro semestre de 2023)²⁵⁰ aponta que há 68.405 presos provisórios com mais de 90 dias de prisão.

A Lei nº 13.964/2019 introduziu importante novidade em relação às prisões cautelares. Consta do parágrafo único do artigo 316 que “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”²⁵¹.

Da mera leitura do claríssimo dispositivo legal, extrai-se que a cada 90 (noventa) dias, o juízo responsável pela decretação da custódia cautelar, de ofício ou mediante provocação das partes, deveria visitar os motivos que ensejaram a prisão preventiva, para verificar se remanesce ou não a necessidade da sua manutenção. Não sendo analisada no prazo, a prisão se tornaria ilegal.

Todavia, em uma decisão no mínimo estranha, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC nº 191.836/SP, firmou entendimento no seguinte sentido: “não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e atualidade de seus fundamentos”. (Brasil, STF, 2020)

²⁵⁰ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>

²⁵¹ BRASIL, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, artigo 316, parágrafo único, [n.p].

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter quase reduzido à letra morta o dispositivo, remanesce ainda a obrigação da autoridade judiciária de reavaliar a legalidade e a atualidade dos fundamentos da prisão preventiva, na hipótese de ser instado a tal pela defesa do custodiado ou mesmo pelo Ministério Público.

Com efeito, a medida seria de suma importância e viria ao encontro da necessidade de redução da população carcerária brasileira. Cumpre lembrar que o Supremo Tribunal Federal, quando da análise da medida cautelar na ADPF nº 347/DF, enfrentou a questão relativa às vagas nos presídios brasileiros com olhares focados no princípio do *numerus clausus*.

O princípio do *numerus clausus*, basicamente, determina que o número de presos deve corresponder, necessariamente, ao número de vagas no sistema penitenciário. Dessa forma, revisitar a cada 90 dias os fundamentos da prisão preventiva é uma medida absolutamente necessária e caminha de mãos dadas com a dignidade da pessoa presa.

Não se pode esquecer que, dentre os princípios basilares das prisões cautelares, temos o princípio da provisoriedade, que indica que a medida somente poderá ser mantida se houver suporte fático legitimador que indique a permanência do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Ao contrário, uma vez verificado ausentes os pressupostos necessários para a manutenção da custódia cautelar, o indivíduo deve ser imediatamente colocado em liberdade.

A importância de reavaliar as prisões cautelares, em especial as preventivas, levou o Conselho Nacional de Justiça a promover, em todas as unidades da federação, de forma simultânea, o Mutirão Carcerário 2023²⁵², que pretende revisar mais de 100 mil processos. Dentre os principais alvos da revisão estão as prisões provisórias com duração superior a 12 meses²⁵³; para tanto, consubstanciou a necessidade de revisão da situação das prisões provisórias no direito fundamental à duração razoável do processo (CF, art. 5º, XLVIII) e

²⁵² <https://atos.cnj.jus.br/files/original19050720230621649349e38dd02.pdf>

²⁵³ BRASIL. CNJ. Portaria nº 170, de 20 de junho de 2023. Art. 2º “Os mutirões ocorrerão a partir de estratégia conjunta fomentada pelo CNJ e protagonizada pelos Tribunais de Justiça, em articulação com os demais órgãos do sistema de justiça, para a reavaliação de ofício da prisão nos processos de conhecimento e de execução penal que contemplem alguma das seguintes hipóteses:

I – prisões preventivas com duração maior do que 1 (um) ano;

II – gestantes, mães e mulheres responsáveis por crianças e pessoas com deficiência presas cautelarmente;

III – pessoas em cumprimento de pena em regime prisional mais gravoso do que o fixado na decisão condenatória;

IV – pessoas cumprindo pena em regime diverso do aberto, condenadas pela prática de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).” [n.p].

o caráter excepcional da prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (CPP, art. 282, § 6º).

Em verdade, para desafogar os presídios brasileiros da enxurrada de prisões cautelares, que ajudam a tornar ainda mais caótica, desumana e degradante a situação das pessoas presas no Brasil, bastaria que as autoridades judiciárias seguissem os princípios da excepcionalidade (art. 282, §6º, do CPP), proporcionalidade (art. 282, II; art. 283, §1º e; art. 319, todos do CPP) e da provisoriedade e atualidade do perigo (art. 282, §§4º e 5º; art. 312, §2º; art. 315 e art. 316, par. único.; todos do CPP).

No entanto, infelizmente, prende-se muito e prende-se mal no Brasil, ou, como assevera Aury Lopes Júnior: “as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida”²⁵⁴.

5.2.3. LIBERDADE VIGIADA PARA OS PRESOS CONDENADOS À PENA DE DETENÇÃO

Com o avanço tecnológico, o monitoramento eletrônico pode, como forma de acompanhamento, ser utilizado para a obtenção de três fins: a) detenção; b) restrição e; c) vigilância.

Detenção teria por escopo manter o indivíduo em lugar predeterminado (normalmente em casa), utilizada no Brasil, em regra, nas prisões domiciliares com utilização de tornozeleira eletrônica.

Na função de restrição, o monitoramento é utilizado para garantir que o indivíduo não frequente determinados locais, ou ainda se aproxime de determinadas pessoas, especialmente testemunhas, vítimas e coautores. Utilizada como medida cautelar diversa das prisões provisórias, é um instrumento importante para que as prisões preventivas e temporárias sejam, efetivamente, a *ultima ratio*.

Por fim, a função que interessa para este tópico, que consiste na utilização do monitoramento como mecanismo de vigilância. O monitoramento, nessa hipótese, é utilizado para que se mantenha vigilância contínua sobre o indivíduo, sem a restrição de sua movimentação.

²⁵⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 707.

Levando-se em consideração a imperiosa necessidade da adoção de medidas urgentes de desencarceramento, poderia ser aplicada, como alternativa penal ao cumprimento no cárcere, a liberdade vigiada, quando não estiverem presentes os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos crimes apenados com detenção, na medida em que são, em regra, aqueles de menor ou médio potencial ofensivo, que não podem ser submetidos ao regime inicial fechado, sendo possíveis somente os regimes semiaberto ou aberto mesmo que o agente seja reincidente.

Jamais se pode perder de vista que o Poder Constituinte Originário estabeleceu que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos promover o bem de todos (art. 3º, IV, CF) e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), além de estabelecer como direito fundamental a vedação da tortura e do tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, CF), bem como salvaguarda a integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, CF).

Com efeito, considerando-se a falta de vagas nos estabelecimentos adequados para o cumprimento das penas nos regimes semiaberto e aberto; considerando, também, que os apenados com detenção não podem iniciar seu cumprimento no regime fechado; impõe-se, como dever redutor de dano que o estado de coisas inconstitucional impinge aos encarcerados, que sejam adotadas medidas alternativas ao cumprimento da sanção no cárcere. A substituição da pena privativa de liberdade, nos crimes apenados com detenção, por monitoramento eletrônico, além de ser consentânea à dignidade humana, é adequada para redução da superlotação dos presídios brasileiros.

5.2.4 LIBERDADE AOS PRESOS COM ENFERMIDADES GRAVES: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE E HUMANITÁRIA

Não há como iniciar esse tópico sem trazer o forte relato dos autores italianos Gallo e Ruggiero, que fizeram uma exaustiva investigação sobre as doenças nas prisões italianas:

Este livro não tratará dos abusos, das ilegalidades e das violências que cotidianamente se verificam dentro dos muros da prisão. O material que apresentamos se refere à ‘pena ordinária’ ainda que por si só ‘extraordinária’, porque inflige sofrimento e mutilações. Trata-se da prisão infinitamente reformada enquanto irreformável, que produz despersonalização, infantilização, expropriação do tempo e da comunicabilidade. A prisão é, desde sempre, um lugar de contágio, de difusão de morbididade que, nas diversas contingências históricas, agride os mais indefesos: pneumonias e escorbutos nas primeiras galerias;

infecção de todo o tipo, loucura e promiscuidade na época do Grande Encarceramento; droga e AIDS na prisão contemporânea²⁵⁵

Conforme destacado no relatório do NESC, há uma “combinação perversa de violação de direitos no cárcere, já que a insalubridade, a superlotação e outras condições degradantes se somam à falta de assistência médica, odontológica e ausência de outros profissionais de saúde, o que faz com que seja impossível ser saudável nestes ambientes ou, ao menos, não contrair nenhuma doença”²⁵⁶.

As condições destacadas acima, como celas escuras e sem ventilação, superlotadas, infestadas de insetos e outras pragas, contribuem para que as principais “doenças do cárcere”, sejam as de natureza respiratória e dermatológica²⁵⁷.

A falta de fornecimento de medicamentos nas unidades de saúde é mais uma triste realidade vivenciada pelas pessoas presas. Os defensores públicos paulistas destacam que os medicamentos fornecidos para qualquer tipo de enfermidade são dipirona e paracetamol.

Não menos estarrecedor é a questão dos presos que fazem uso de bolsa de colostomia e sonda. O relatório da NESC destaca que os presos não recebem tratamento adequado para higiene e troca dos equipamentos. Sem a adequada higienização e manutenção, os equipamentos são vetores de infecções, que podem levar à septicemia e, conseqüentemente, à morte²⁵⁸.

A Secretaria Nacional de Políticas Penais, com dados atualizados em 30 de junho de 2023, destaca que mais de 33 mil presos são acometidos de doenças transmissíveis. São pessoas que podem, de alguma forma, transmitir facilmente a doença para outros presos, na medida em que vivem amontoados em celas superlotadas, insalubres, sem ventilação, ou seja, propícias à proliferação desgovernada das doenças.

O quadro comparativo abaixo sinaliza para uma necessidade imperiosa de se tomarem medidas desencarceradoras para estes enfermos, quer transferindo-os para hospitais de custódia, quer colocando-os em prisões domiciliares com monitoramento eletrônico. Sem dúvidas que se trata de uma situação humanitária, e medidas devem ser implementadas,

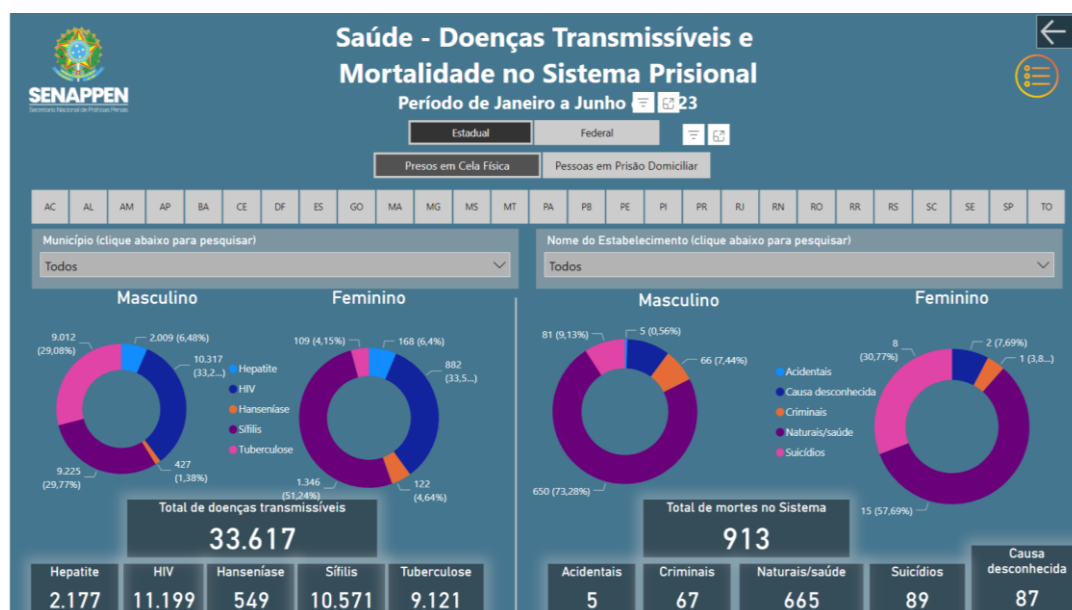
²⁵⁵ ERMANNO, Gallo; RUGGIERO, Vincenzo, *apud* BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. 1.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 99-100.

²⁵⁶ <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/default.aspx?idpagina=6892>. p. 42.

²⁵⁷ <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/default.aspx?idpagina=6892>. p. 48.

²⁵⁸ SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). *op. cit.*, p. 53-56.

independentemente do tempo da pena ou do tipo da condenação. (Gráfico 5: fonte SENAPPEN)



Fonte: SENAPPEN

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347/SP, asseverou que os presídios brasileiros se encontram em um “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” (Brasil, STF, 2015), o que sinaliza para a adoção imediata de políticas desencarceradoras, especialmente quando envolvem pessoas enfermas.

Entre os diferentes dados que foram levantados pelo CNJ e utilizados pelo STF (ADPF nº 347/SP), nota-se que a chance de as pessoas presas contraírem tuberculose, por exemplo, é 30 vezes maior que a do resto da população. Além disso, o risco de morte por enfraquecimento extremo é 1.350% maior para esses indivíduos. Para os pesquisadores, esses dados podem ser explicados pelas condições insalubres que são oferecidas e pela superlotação das celas, que influenciam diretamente na transmissão de doenças.

No relatório do Conselho Nacional de Justiça²⁵⁹, intitulado “Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública”, há um breve relato da história de vida e morte

²⁵⁹ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/5ajp-letalidade-prisional-11-05-23-relatorio-v2.pdf>

de Ledeanne, uma mulher 36 anos, mãe de três filhos, diagnosticada com câncer no colo do útero:

Ledeanne tinha 36 anos, era mãe de três filhos e tinha diagnóstico de câncer de colo de útero quando foi presa em flagrante. Mesmo com todas essas circunstâncias e tendo Ledeanne passagens anteriores pelo sistema de justiça criminal, ela teve a sua prisão preventiva decretada, tendo ficado presa por dois meses. Após vários pedidos de liberdade feitos pelo seu advogado, os quais demonstraram a situação de extrema fragilidade de saúde de Ledeanne, foi concedida a sua prisão domiciliar. Seis meses depois, ela faleceu, constando na certidão de óbito que a causa de sua morte seria “sepse e pneumonia”. Embora possam ser assinaladas como causas imediatas de sua morte, é difícil afastar a hipótese de que durante os dois meses em que esteve presa, o tratamento para o câncer tenha sido prejudicado e que isso tenha agravado o quadro geral de saúde de Ledeanne.

Ledeanne, mesmo diagnosticada com câncer, permaneceu encarcerada por dois meses, até que seu pedido de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar fosse acolhido. Por dois meses, uma pessoa acometida de um carcinoma, com alto índice de sucesso no tratamento quimioterápico, ficou presa sem o adequado acolhimento assistencial. Quantas Ledeanes há em situações análogas, que precisam de tratamento adequando, ou que são doentes terminais, mas não são submetidos à prisão domiciliar?

São seres humanos colocados em condições degradantes e cruéis, acondicionados em celas superlotadas, insalubres, que servem, unicamente, para impor sofrimento e dor aos custodiados. O STF já reconheceu o estado de coisas inconstitucional, mas nada foi feito para melhorar a situação do cárcere, pelo contrário, o judiciário prende cada vez mais e prende mal, sem necessidade, pura e simplesmente para atender a voz das ruas.

Andreia Beatriz Silva dos Santos, militante da Organização Reaja ou Será Morta, Médica de Família e Comunidade, que atua em uma unidade prisional e docente da Universidade Estadual de Feira de Santana e da Escola Baiana de Medicina e Saúde Pública, publicou importante artigo no jornal francês *Le Monde*, intitulado “Por uma prática de saúde abolicionista”²⁶⁰, cuja relevância impõe a transcrição de alguns trechos importantes:

A maioria dos dados no Brasil sobre a saúde da população privada de liberdade estão concentrados em infecções sexualmente transmissíveis, HIV/AIDS, hepatites virais e tuberculose. Estima-se que a tuberculose em pessoas encarceradas pode ocorrer cerca de 20 vezes mais do que na população em geral[6]. É importante destacar que não se trata de uma pré-disposição física,

²⁶⁰ SANTOS, Andreia Beatriz Silva. Por uma prática de saúde abolicionista, in: **Le Monde diplomatique Brasil, 2022**, [n.p]. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/por-uma-pratica-de-saude-abolicionista/>. Acesso em 20 out. 2023.

biológica ou individual, mas há de se considerar as condições de confinamento que são infligidas e que potencializam a transmissão de doenças como a tuberculose pulmonar, cuja principal via de transmissão entre pessoas é através de gotículas de saliva contaminadas. A precariedade das condições de confinamento em unidades insalubres e a superlotação são fatores primordiais no perfil de adoecimento das pessoas presas.

[...]

Sendo assim, no que tange às pessoas presas, e dadas as condições de vida, saúde e precariedade que incidem na vida deste grupo, uma política de saúde eficaz aponta para a derrubada dos muros, dos limites, para o desmanche das grades que se apresentam como determinantes no processo de saúde-adoecimento-morte das pessoas, seus familiares e comunidades – antes, durante e depois da passagem pelas prisões. O desencarceramento se apresenta como uma política pública de saúde, um primeiro passo para uma prática abolicionista, no caminho do abolicionismo penal.

A cada consulta médica, a cada atividade desenvolvida na prática de cuidado e de promoção da saúde das pessoas presas, Ruth Gilmore parece soprar ao meu ouvido, com sua premissa de que a abolição é deliberadamente tudoísta, que é sobre a totalidade das relações humano-ambientais. Que falar em abolição não significa falar somente sobre o fim das prisões, ainda que isto já seja muito, mas sobre imaginar e construir um mundo onde se entende que existem danos que são causados constantemente e que temos que praticar velhas e novas maneiras para a redução destes danos. Imaginar e praticar um mundo onde as pessoas e, portanto, a sociedade, possa cuidar de si mesma, de seus conflitos e onde as vidas sejam indistintamente preciosas, a ponto de que cada uma e toda pessoa entenda que não é possível ser lesada ou lesar outra vida. Pensar num mundo sem prisões é construir um mundo para que não existam prisões.

É nesse caminho que a saúde anda junto com o projeto abolicionista e que passa pelo desencarceramento. É nesse sentido que tenho buscado a prática de promover saúde e cuidados dos agravos que incidem na população prisional. Não somente o tratamento dado para pessoas que buscam alívio da dor ou a cura para uma doença, mas entendendo que a saúde pode ser propulsora de uma série de práticas que contribuam para a reorientação das vidas das pessoas e saiam do ciclo prisional ou da carceralidade. Apoiada por Gilmore, faço o convite para que as práticas de saúde sejam, assim como o abolicionismo, práticas para a derrubada de uma estrutura supremacista branca, patriarcal, machista, sexista, punitivista, sustentada pelo racismo antinegro, capitalismo, machismo, sexismo e pelas desigualdades raciais, econômicas, sociais, de classe e de gênero. É nesse caminho que o desencarceramento se pronuncia, se anuncia.

Diante da negação de humanidade imposta, a política de saúde que pode trazer saúde para as pessoas presas é o desencarceramento, na medida em que estaremos caminhando para a construção de um mundo possível a partir da prática. Entendo que o debate sobre as prisões está ligado ao debate sobre a negação e reconhecimento de humanidade. Imaginar um mundo sem prisões é construir muito mais. Para além de não ter prisões. É permitir que todas as pessoas possam pegar o destino da sociedade pelas mãos e conduzi-la a partir da prática de abolir todos os muros, grades e paredes visíveis e imperceptíveis que permitem a hierarquização da humanidade. A partir da prática de construir caminhos entre vidas e com as vidas, uma prática na qual a humanidade seja simplesmente humanidade, indissociavelmente humanidade.

Não há como deixar de finalizar este capítulo, sem citar novamente Andreia Beatriz, que aponta, com felicidade ímpar, que “uma política de saúde eficaz aponta para a derrubada dos muros, dos limites, para o desmanche das grades que se apresentam como determinantes no processo de saúde-adoecimento-morte das pessoas, seus familiares e comunidades”. E

conclui que o “desencarceramento se apresenta como uma política pública de saúde, um primeiro passo para uma prática abolicionista”²⁶¹.

5.2.5 PROCESSO DE DESENCARCERAMENTO DAS MULHERES PRESAS COM FILHOS NAS PRISÕES

Segundo relatório disponibilizado recentemente pela Secretaria Nacional de Política Penal – SENAPPEN (atualizado em 30 de junho de 2023), há 27.375 mulheres presas em celas físicas no Brasil, sendo que a esmagadora maioria tem entre 18 e 30 anos²⁶².

O Brasil tem a terceira maior população prisional feminina do mundo, na maioria constituída por mulheres pobres, negras ou pardas, e com baixa escolaridade. Do total de mulheres presas, 2/3 são mães, 57% têm mais que um filho e muitas são as únicas responsáveis pelo sustento da família.

Um importante documentário, "Olha pra Elas"²⁶³, dirigido por Tatiana Sager e roteirizado por Renato Dornelles e Luca Alverdi, debate sobre o encarceramento feminino no Brasil. Aborda a temática do aprisionamento feminino, trata da questão de gênero, da feminilização da pobreza, da situação de abandono no cárcere, da realidade de crianças que vivem com a mãe na prisão e, principalmente, da desestruturação destas famílias.

O documentário traz, ainda, a questão da separação dos filhos das mães, que muitas vezes são mães-solo ou com filhos de diferentes parceiros, e confunde-se, invariavelmente, com as razões que costumam levar essas mulheres à cadeia. Conforme destaca o documentário, o envolvimento com o tráfico de drogas é o principal motivo do encarceramento feminino. Esse envolvimento, não raras vezes, tem relação direta com o namorado ou o marido que, diversamente da mulher ou namorada, abandona sua companheira após a prisão.

Tatiana Sager relata a história de invisibilidade, como a da mulher que nasceu na prisão e, depois de adulta, grávida, com outro filho, foi presa por furtar carne e mamadeira

²⁶¹ SANTOS, Andreia Beatriz Silva, *op. cit.*, [n.p].

²⁶² <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>

²⁶³ SAGER, Tatiana. **OLHA pra Elas**. Direção de Renato Dornelles. Panda Filmes, 2023, [51:45']. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NFKldyDsuCM>. Acesso em 1º dez 2023.

no supermercado. “São mulheres que estão abandonadas. Os parceiros não as visitam, abandonam completamente. Até uma mãe que tem filho e filha na cadeia, visita só o filho.”²⁶⁴

O Ministro Alexandre de Moraes, no voto-vista apresentado no RE nº 635.659/SP, asseverou, pautado em minuciosa pesquisa empírica, que o tráfico de pequenas quantidades de drogas “se tornou uma verdadeira chaga social em relação às mulheres, não raras vezes ‘forçadas’, seja por ameaças, seja pelas próprias contingências da vida, a levar pequenas porções de drogas para seus companheiros, maridos, irmãos, filhos nas penitenciárias” (Brasil, STF, 2023). Destacou, também, que as “mulheres presas por tráfico de drogas correspondem a 34,87% de todas as mulheres presas, enquanto esse tipo de crime representa 23,63% das prisões relativas aos homens” (*Idem, ibidem*).

Diante do pavoroso cenário das prisões no país, e considerando-se a absoluta prioridade em garantir os direitos fundamentais de crianças, adolescentes e jovens no Brasil, conforme dispõe o art. 227 da Constituição Federal, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei nº 13.257/2016, a qual prevê a atuação prioritária do poder público na construção de políticas públicas voltadas aos direitos de convivência familiar e comunitária de crianças até seis anos de idade, bem como diante do acórdão proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no HC nº 143.641, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, em que foi concedida ordem de *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – para todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, mães e responsáveis por crianças e deficientes, faz-se necessário estabelecer uma política de substituição da pena privativa de liberdade por alguma das alternativas penas vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, tendo em vista o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, bem como o balizamento normativo acima destacado, seria absolutamente pertinente a adoção dessa medida desencarceradora, para gestante ou mães com filhos na primeira infância (período que abrange os primeiros 6 anos completos ou 72 meses de vida da criança) ou deficientes. Tal medida, além de propiciar a redução da população carcerária, seria de suma importância para o desenvolvimento da criança, que crescerá ao lado da genitora e longe da vida no cárcere.

²⁶⁴ SAGER, Tatiana, *op. cit.*

5.2.6. JUSTIÇA RESTAURATIVA.

Segundo o Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa das Nações Unidas²⁶⁵, a justiça restaurativa é uma abordagem que oferece aos ofensores, vítimas e comunidade um caminho alternativo para a justiça. Promove a participação segura das vítimas na resolução da situação e oferece às pessoas que assumem a responsabilidade pelos danos causados por suas ações uma oportunidade de se reabilitarem perante aqueles a quem prejudicaram. Sua base é o reconhecimento de que o comportamento criminoso não apenas viola a lei, mas também prejudica as vítimas e a comunidade.

Com efeito, o ponto central da definição está claramente em um processo participativo “em que a vítima e o ofensor e, se apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjunta e ativamente na resolução dos problemas decorrentes do crime, em geral com a ajuda de um facilitador”²⁶⁶.

A Resolução nº 225, do CNJ, estabelece, no art. 2º, os princípios que orientam a justiça restaurativa: a) corresponsabilidade; b) reparação dos danos; c) atendimento às necessidades de todos os envolvidos; d) informalidade; e) voluntariedade; f) imparcialidade; g) participação; h) empoderamento; i) consensualidade; j) confidencialidade; k) celeridade; e l) urbanidade.

No que pertence aos resultados da justiça restaurativa, são estabelecidas as seguintes distinções: a) formas materiais (por exemplo, indenização financeira) e; b) formas simbólicas de reparação (por exemplo, pedidos de desculpas e desculpas oficiais, reconhecimento público do dano causado). A flexibilidade na adoção da forma é importante para se chegar a uma justa composição, uma vez que alguns ofensores, em especial os jovens, por vezes não têm condições financeiras para reparar o dano, mas a vítima pode se contentar com gestos, como pedir desculpas, assumir a responsabilidade, prestar serviços comunitários ou comprometer-se a não repetir o crime, que podem ter um papel benéfico para as vítimas ou comunidade, e produzem um senso de justiça, recuperação e superação.

Os objetivos da Justiça Restaurativa são, em síntese, os seguintes: a) apoiar as vítimas, dar-lhes voz, ouvir sua história, incentivá-las a expressar suas necessidades e desejos,

²⁶⁵ BRASIL. CNJ. Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-sobre-programas-de-justica-restaurativa.pdf>. Acesso em 30 oct.2023.

²⁶⁶ BRASIL, CNJ, *op. cit.*, [n.p].

dar-lhes respostas, permitir-lhes participar no processo de resolução e oferecer-lhes assistência; b) reparar parcialmente as relações afetadas pelo crime por meio de consensos sobre a melhor forma de responder ao crime; c) reafirmação dos valores da comunidade e denúncia do comportamento criminoso; d) incentivar a que todas as pessoas interessadas assumam suas devidas responsabilidades, em especial os ofensores; e) identificação de resultados restauradores e voltados para o futuro; e f) prevenir a reincidência, encorajando a mudança em cada um dos ofensores e facilitando a sua reinserção na comunidade.

O Manual aponta os possíveis benefícios da adoção da justiça restaurativa, a saber²⁶⁷: dar acesso mais amplo e rápido à justiça para vítimas de crimes e ofensores; dar às vítimas uma voz, uma oportunidade de serem ouvidas e uma oportunidade de entender o ofensor; dar às vítimas e à comunidade respostas, reconhecendo o seu direito de ter voz, direito à informação e direito à verdade; oferecer às vítimas uma oportunidade de reparação material e simbólica; facilitar a recuperação das vítimas e aliviar os efeitos emocionais e, por vezes, traumáticos do crime sobre elas; proporcionar uma alternativa viável aos processos criminais; reduzir a frequência e a gravidade da reincidência, em especial quando fizer parte de uma abordagem reabilitadora mais ampla; evitar que os ofensores sejam ainda mais estigmatizados e contribuir para a sua reinserção efetiva na comunidade; melhorar a participação pública e a confiança da população no sistema de justiça criminal nas comunidades onde existem; aumentar o envolvimento da comunidade; levar a iniciativas locais de prevenção do crime mais eficazes; melhorar as relações polícia-comunidade e; reduzir custos e atrasos em todo o sistema de justiça criminal.

A justiça restaurativa, para sua instauração, demanda consentimento livre e consciente da vítima e do ofensor, o qual pode ser retirado a qualquer momento durante o processo.

Os Princípios Básicos (parágrafos 7 e 9) identificam quatro critérios principais para a concepção de um processo de encaminhamento dentro do sistema de justiça criminal: **Provas suficientes**: O encaminhamento só deve ser feito quando houver provas suficientes para acusar o ofensor; **Consentimento livre e voluntário**: O encaminhamento só deve ser feito com o consentimento livre e voluntário da vítima e do agressor. Quando do encaminhamento inicial, porém, o consentimento livre e esclarecido de ambos os participantes pode não ter sido determinado e consegui-lo passa então a ser o primeiro pré-

²⁶⁷ BRASIL, CNJ, *op. cit.*, [n.p].

requisito a ser cumprido antes de ir adiante com o procedimento; **Desequilíbrios de poder:** As disparidades que levam a desequilíbrios de poder entre os participantes devem ser levadas em consideração ao encaminhar um caso para um processo restaurativo. Nos casos em que o encaminhamento é feito apesar de possíveis desequilíbrios de poder, essa circunstância deve ser levada ao conhecimento dos facilitadores do programa e considerado na condução do processo restaurativo; **Diferenças culturais:** As diferenças culturais entre os participantes também devem ser levadas em conta ao encaminhar os casos para um processo de justiça restaurativa.

Várias estratégias podem ser usadas para garantir que um processo de justiça restaurativa corresponda à cultura dos participantes, como o uso de facilitadores com a mesma etnia, garantir que os facilitadores estejam cientes e saibam como acomodar as práticas culturais dos participantes, ou garantir que estes últimos estejam cientes das diferenças culturais e de como elas podem ou não ser acomodadas. Tendo em mente que, em geral, a preferência da vítima deve prevalecer, muitas vezes é preciso discutir e negociar quando a vítima e o agressor são de culturas ou têm pontos de vista diferentes sobre como as suas práticas culturais devem refletir no processo.

O parágrafo 16 dos Princípios Básicos recomenda que “se não houver nenhum acordo entre os envolvidos, o caso deve ser devolvido ao processo de justiça criminal estabelecido e deve-se decidir, o mais rapidamente possível, sobre como proceder”²⁶⁸.

Diante dessas considerações, é plenamente possível concluir que a Justiça Restaurativa pode ser utilizada em relação a inúmeros crimes, tais como: homicídio culposos; lesão corporal natureza leve; lesão corporal culposa; patrimoniais sem violência ou grave ameaça; dano simples; grande parte dos crimes contra administração pública; dentre outros. Ou seja, há absoluta pertinência quando o crime comporta conciliação entre os envolvidos, sendo certo que sua utilização como forma de composição de conflitos é, sem sombra de dúvidas, mais justa, proporcional, eficiente e menos traumática do que a justiça convencional. Isso posto, pode ser um importante mecanismo de alternativa penal, fomentador de uma política de redução da população carcerária.

5.2.7. DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS (RE Nº 635.659/SP)

²⁶⁸ BRASIL, CNJ, *op. cit.*, [n.p].

Conforme se extrai do censo apresentado pelo SENAPPEN, atualizado em 30 de junho de 2023, a população carcerária brasileira em celas físicas é de 684.251 pessoas. Desse total, 193.582 estão presos pela prática de crimes da Lei de Drogas, o que representa 28,29% da massa de pessoas presas nas unidades prisionais brasileiras.

Com efeito, a grande massa de pessoas presas no Brasil decorre da adoção, seguindo uma tendência mundial, da política de combate às drogas lançada pelo então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon (1971), quando declarou, em discurso à nação, que “o uso abusivo de drogas é o inimigo número um dos Estados Unidos.”²⁶⁹

Luis Carlos Valois, em sua monumental obra intitulada “O Direito Penal da Guerra às Drogas”²⁷⁰, destaca as consequências da adoção da política de combate às drogas no Brasil, consoante se observa abaixo:

O evidente propósito do legislador, de inspiração norte-americana, em criar um crime de fácil apuração e condenação, em nome da guerra às drogas, não só relativizou a necessidade de comprovação do dolo, como ampliou ao máximo os verbos do crime de tráfico de drogas, tudo para facilitar a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita. Assim, o que é conhecido como crime de tráfico de drogas, o do art. 33 da Lei 11.343/06, possui 18 verbos com os quais se pode atribuir pena de até 15 anos de reclusão para as pessoas que, em termos gerais, tiverem contato com uma substância ilícita “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Todos esses verbos, a generalização do texto *definidor* do crime, a preocupação do legislador em dizer que basta a pessoa possuir drogas *em desacordo com determinação legal*, ou seja, retirando a necessidade de se provar qualquer desígnio do possuidor, são resultados do uso do direito penal como medida de polícia, afastando completamente a legislação penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado.

Marcelo Semer²⁷¹, em trabalho de fôlego, realizou uma extensa pesquisa de campo, entre 01 de julho de 2013 e 30 de junho de 2015, e examinou 800 (oitocentas) sentenças que analisaram denúncias por tráfico de drogas. A pesquisa foi realizada em 8 (oito) estados: 285

²⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. NIXON, Richard (1969-1974). **Remarks About an Intensified Program for Drug Abuse Prevention and Control**, Washington DC, Casa Branca, 17 de junho de 1971. No original: “America’s public enemy number one in the United States is drug abuse”. Disponível em:

<https://prhome.defense.gov/Portals/52/Documents/RFM/Readiness/DDRP/docs/41%20Nixon%20Remarks%20Intensified%20Program%20for%20Drug%20Abuse.pdf>. Acesso em 1º dez. 2023.

<https://prhome.defense.gov/Portals/52/Documents/RFM/Readiness/DDRP/docs/41%20Nixon%20Remarks%20Intensified%20Program%20for%20Drug%20Abuse.pdf>

²⁷⁰ VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra as Drogas**. 3.ed. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2019. p.424.

²⁷¹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico: O papel dos juízes no grande encarceramento**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.147.

sentenças do Estado de São Paulo, 134 do Estado de Minas Gerais, 98 da Bahia, 73 do Rio Grande do Sul, 72 do Paraná, 52 de Goiás, 44 do Maranhão, 42 do Pará.

Um dado importante trazido na pesquisa de Semer²⁷² é o elevado percentual (72%) de processos com um só réu. Outro relevante dado aponta que 69,58% são primários, 12,78% não há informações a respeito e 17,64% são reincidentes. Mais de 80% das denúncias ofertadas tem como núcleo verbal trazer consigo, ter em depósito ou guardar.

Semer destaca que o “fato de que o microtráfico é a regra no cotidiano dos processos não parece ser de muita relevância, considerando a forma como o tráfico de drogas, em si, é encarado pelos magistrados”²⁷³. A figura do microtráfico está intimamente ligada ao preconceito e ao racismo estrutural, uma vez que pobres, pretos e pardos, quando surpreendidos na posse de pequena quantidade de droga, mesmo que as demais circunstâncias não convirjam para a mercancia, são enquadrados como traficantes, em que pese a importante inovação trazida pela Lei nº 11.343/06, que despenalizou a conduta perpetrada pelo usuário de drogas, conforme se extrai do artigo 28, *caput* e incisos²⁷⁴.

O §2º do artigo 28, por sua vez, estabelece os critérios legais que devem ser utilizados pelos juízes e demais operadores do direito, para classificar o agente como usuário: “[...] atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”²⁷⁵

Semer, ao analisar a questão do usuário e a consequente despenalização, aponta um infeliz cenário na justiça brasileira: “[...] a ausência de critérios em relação ao volume de entorpecente mostra que em inúmeros casos, o crime deu-se por caracterizado em pequenas quantias consideradas “expressivas”, e até mesmo em quantias ínfimas.”²⁷⁶

Semer traz ainda excertos de sentenças, que desconsideram, por completo, o parâmetro da quantidade de drogas para definir o tráfico (art. 33) ou o uso (art. 28):

²⁷² *Idem, Ibidem*, p. 153-179

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 180

²⁷⁴ BRASIL, Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, *caput* e incisos: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”, [n.p].

²⁷⁵ BRASIL, Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, artigo 28, §2, [n.p].

²⁷⁶ SEMER, Marcelo, *op. cit.*, p. 238-239.

[...] A quantidade de droga apreendida [15,84g de cocaína em pó] é considerável, mostrando-se incompatível com eventual intenção de uso por parte do acusado.” g.n. (sentença – 514)
[...] não se mostra crível que um usuário estivesse portando para uso 11 petecas de crack, quantidade relativamente alta para aquele que somente faz uso do entorpecente.” g.n. (sentença – 599)²⁷⁷

A falta de segurança jurídica na análise dos fatos para apurar a ocorrência da traficância, ou do mero porte para uso próprio, levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer configurada a repercussão geral da matéria devolvida à corte no Recurso Extraordinário nº 635.659 RG/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Em que pese que a matéria de fundo do RE nº 635.659 RG/SP discuta a constitucionalidade ou não do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, os Ministros que já formaram a maioria para declarar a inconstitucionalidade, e consequentemente a descriminalização do uso de drogas, enfrentaram a questão do parâmetro quantitativo para definição da figura típica correta.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, apresentou seu minudente voto no dia 20 de agosto de 2015, enfrentando pontos sensíveis e de suma importância para a parametrização da questão.

Gilmar pautou sua fundamentação, dentre outros elementos de prova, no estudo na Revista Jurídica, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República, intitulado “Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas”²⁷⁸.

Segundo a pesquisa trazida no referido trabalho, das 730 sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de drogas, analisadas entre 2006 e 2008, na Justiça do Rio de Janeiro e de Brasília, por volta de 80% decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores a 100g)²⁷⁹.

²⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 239. A ausência de dados científicos para essa avaliação é constante. Como aponta, por exemplo, Rafael Strano, com abono na pesquisa da Fiocruz (Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack): “O usuário de crack no Brasil consome, em média, 13,42 pedras de droga por dia, não sendo possível, contudo, estipular qual o peso de cada pedra.” Como apontar que a posse de 11 petecas não seja crível como explicação de usuário?

²⁷⁸ https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux_trafico_-constituicao_-rev_juridica_2009-1.pdf

²⁷⁹ SEMER, Marcelo, *op. cit.*

Além disso, o estudo aponta que, em apenas 1,8% dos casos, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas. Aliás, constatou-se que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes.²⁸⁰

Observou-se, ainda, na referida pesquisa, que a mais de 75% (setenta e cinco por cento) dos detidos eram jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos.²⁸¹

O Ministro Gilmar utilizou, também, para fundamentar sua decisão, a pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo²⁸². O referido estudo constatou que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga²⁸³. O estudo confirma que os alvos preferidos das abordagens policiais são os jovens entre 18 e 29 anos.

Retomando o voto do Ministro Gilmar Mendes, no HC 635.659/SP, um ponto importante que refere destaque é o que sinaliza pela ausência de lesividade da conduta do portador de drogas para uso pessoal. Gilmar destaca que o consumo de drogas causa prejuízos físicos e sociais ao consumidor e ressalta que “dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação”. Com isso, o Ministro Gilmar reconhece a inconstitucionalidade da criminalização da posse da droga para uso pessoal, “por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional” (Brasil, STF, 2023).

O Ministro Roberto Barroso, no mesmo sentido, declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Para Barroso, as razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização da posse para uso próprio, são “(i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública”²⁸⁴.

Barroso aponta a necessidade de se estabelecer um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. E recomenda a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de *cannabis*.

²⁸⁰ *Idem, Ibidem.*

²⁸¹ *Idem, Ibidem.*

²⁸² JESUS, Maria Gorete Marques; OI, Amanda Hideland; ROCHA, Thiago Thadeu da, **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011

²⁸³ *Idem, Ibidem.*

²⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 635.659/SP**. Voto do Min. Luis Roberto Barroso.

Já o Ministro Alexandre de Moraes, que também reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, trouxe em seu voto importante análise empírica, aportando pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria²⁸⁵. Referida pesquisa apresentou dados importantes para a parametrização da figura do usuário, com escopo de eliminar a insegurança jurídica que gravita sobre o tema. Para melhor compreensão, seguem alguns trechos do voto do Ministro Moraes:

Algumas conclusões da análise desse período todo no Estado de São Paulo não trazem nenhuma grande surpresa:

- (1) A quantidade de drogas é um elemento relevante para a tipificação temporária do fato efetuada pela autoridade policial ao lavrar o boletim de ocorrência;
- (2) Não tendo a lei definido um corte na quantidade para diferenciar o tráfico do uso, essa análise é realizada discricionariamente pela autoridade policial no momento do flagrante;
- (3) A quantidade de droga, na maioria das vezes, é o único critério para tipificar a conduta do indivíduo como traficante ou usuário.

Outras conclusões objetivas do estudo, porém, precisam ser levadas em conta para uma análise mais detalhada da questão “usuário X traficante”:

- (1) A tipificação realizada no momento do flagrante pela autoridade policial como tráfico de drogas não é a mesma para todas as regiões do Estado de São Paulo ou mesmo em regiões diversas da Capital. Assim, na capital, em regra, são considerados tráfico de drogas o porte de 33 gramas de cocaína, 17 gramas de crack e 51,20 gramas de maconha; enquanto no Interior do Estado, o tráfico se caracteriza, por 20 gramas de cocaína, 9 gramas de crack e 32,1 gramas de maconha;
- (2) Na Capital, dependendo da região, a caracterização do tráfico varia entre 20 a 40 gramas de maconha, por exemplo. O estudo demonstra que as quantidades medianas apreendidas por tráfico variam entre 12 e 35 gramas nas Delegacias Seccionais da Capital em São Paulo.

Dessa maneira, não há nenhuma dúvida de que a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionabilidade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionabilidade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, possibilitando um tratamento mais equânime na aplicação da lei e impedindo flagrantes injustiças. (Brasil, STF, 2023).

Conforme se extrai dos votos lançados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no enfrentamento da questão posta no RE nº 635659/SP, há dois pontos de divergência: (a) drogas alcançadas pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e; (b) o parâmetro quantitativo para considerar um usuário.

(a) Drogas alcançadas pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

²⁸⁵ https://abj.org.br/pdf/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, conforme destacado acima, não fez qualquer distinção entre o tipo de droga. Ou seja, declarou a inconstitucionalidade de todas as medidas penais atribuídas ao porte para consumo pessoal de quaisquer drogas. O Ministro Edson Fachin declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 apenas em relação à maconha. O Ministro Barroso, na mesma linha do Ministro Fachin, restringiu ao uso da maconha. No mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes declarou a inconstitucionalidade em relação à maconha.

(b) O parâmetro quantitativo para considerar como usuário.

O Ministro Gilmar Mendes²⁸⁶ e o Ministro Edson Fachin²⁸⁷ não fixaram em seus votos um parâmetro quantitativo. O Ministro Roberto Barroso²⁸⁸ definiu um critério provisório para diferenciar tráfico de consumo: 25 gramas ou seis plantas fêmeas, todavia, sinalizou com a possibilidade de fixar em 100g. Por fim, o Ministro Alexandre de Moraes²⁸⁹ declarou a inconstitucionalidade em relação à maconha.

A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ)²⁹⁰, em pesquisa realizada no Registro Digital de Ocorrências (RDO) da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (SSP-SP), analisou 656.408 ocorrências entre 2003 e 2017, além de 556.613 apreensões distintas. E constatou que há diferença de tratamento em relação à Capital e ao Interior: (a) **na capital**, são considerados tráfico de drogas tipicamente o porte de 33g de cocaína, 17g de *crack* e 51,2g de maconha; (b) **no interior**, são considerados tráfico de drogas tipicamente o porte de 20g de cocaína, 9g de *crack* e 32,1g de maconha.

Portanto, diversamente do que sinalizou a maioria dos Ministros que já votaram no RE nº 635659/SP, dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (SSP-SP) apontam pelo reconhecimento do porte para uso próprio de outras drogas além da maconha. Não há dúvida de que restringir o alcance da decisão apenas à maconha representará perda de uma grande oportunidade de se fixar limites às drogas mais comercializadas para os usuários e, com isso, minimizar a insegurança jurídica que impera na questão.

Ressalte-se que diversos ordenamentos jurídicos estabeleceram critérios objetivos para fixar os limites de quantidades, como por exemplo:

²⁸⁶ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

²⁸⁷ *Idem, Ibidem*

²⁸⁸ *Idem, Ibidem*

²⁸⁹ *Idem, Ibidem*

²⁹⁰ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

Alemanha	Varia por estado. Alguns estados definem com base na jurisprudência, outros fixam valores. Os valores variam entre 6 e 15 g para maconha e 1 e 3 g para cocaína
Colômbia	20g de maconha, 1g de cocaína e 5 de haxixe
Espanha	Dose de 5 dias de consumo. Na prática, 100 g de maconha, 25 g de resina de maconha, 2,4 g de <i>ecstasy</i> , 3 g de heroína e 7.5 g de cocaína.
Paraguai	10 g de maconha e 2 g de cocaína.
Portugal	25g de <i>cannabis</i> . Quanto à resina, a quantidade passa para até 5 g; ao óleo, 2,5 g. Heroína/ anfetaminas: 1g; Cocaína: 2g
Uruguai	<i>Cannabis</i> : Até 6 plantas com efeito psicoativo por residência, com limite de 480 g; até 99 plantas e uma produção máxima de 480 g anuais por membro; Compra de até 10 g semanais por pessoa ou de até 40 g por mês

Conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal (Brasil, STF, ADPF nº 347/SP), que reconheceu o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros (“**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**”), permite que o Poder Judiciário, amparado na dignidade da pessoa humana – que é fundamento da República (art. 1º, III, CF) – e nas normas internacionais de defesa dos direitos humanos, fixe de forma ampla os limites objetivos para o reconhecimento da figura do usuário, resultando, assim, na sua descriminalização.

Não é razoável, em plena segunda década do século XXI, que o aparelho estatal seja movimentado para punir, criminalmente, o usuário de drogas. Também, não faz sentido algum limitar a descriminalização ao porte de maconha para uso próprio, uma vez que as demais drogas também têm uso recreativo e, tal como a *cannabis*, não lesionam, nem põem em risco qualquer bem jurídico, a não ser a própria saúde do usuário.

6. CONCLUSÃO: O DESENCARCERAMENTO É POSSÍVEL?

Este trabalho teve por objeto central responder à seguinte indagação: **Diante da ofensa à dignidade e aos direitos fundamentais das pessoas presas no sistema**

penitenciário brasileiro, quais os instrumentos previstos na legislação vigente e no direito comparado que apresentam caminhos para o abreviamento do tempo de cárcere, ou até mesmo possibilitam o não encarceramento, com vistas aos mandamentos constitucionais e convencionais de proteção dos direitos humanos?

Ao chegar à conclusão, tem-se a sensação de que se poderia buscar mais alternativas penais para enfrentar esse estado de coisas inconstitucional que impera nos presídios brasileiros. Mas não há dúvidas de que as alternativas penais aportadas nesse trabalho são suficientes para melhorar a situação caótica dos nossos cárceres, que mais se assemelham a masmorras medievais ou, como apontado por João Marcos Buch, aos campos de concentração nazistas.

Não se pode olvidar que, ao alçar o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República, por certo, permite-se concluir que ele não pode ser sobreposto por qualquer outro direito presente no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a busca de alternativas desencarceradoras, que visam ao fim da superlotação carcerária, são fundamentais para que haja preservação da dignidade das pessoas presas.

Para responder à indagação, foram apresentadas alternativas extraídas do arcabouço normativo brasileiro, o qual traz mecanismos importantes que, adequadamente utilizados, poderiam ajudar, sensivelmente, na redução da população carcerária. São eles: indulto e a comutação da pena; suspensão condicional da pena; aplicação de penas pecuniárias em substituição à privativa de liberdade; aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à privativa de liberdade; remição de pena e; livramento condicional.

Para além disso, foram apresentadas propostas que podem contribuir, sensivelmente, para redução da superlotação dos presídios brasileiros: a) conversão do regime aberto, de presos que ainda remanescem em celas físicas durante o repouso noturno, por monitoramento eletrônico; b) revisão, a cada 90 dias, de forma obrigatória, das prisões provisórias; c) liberdade vigiada para os presos condenados por crimes apenados com detenção; d) liberdade aos presos com enfermidades graves: uma questão de dignidade; e) processo de desencarceramento das mulheres gestantes e com filhos menores de doze anos; f) justiça restaurativa para os crimes patrimoniais, sem violência ou grave ameaça e para crimes contra a administração pública, sem violência ou grave ameaça e; g) descriminalização do tráfico de drogas, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.

Obviamente, são mecanismos que podem melhorar esse estado de coisas dos presídios brasileiros, mas nem de longe resolver a situação vigente, mesmo porque não era objetivo deste trabalho trazer propostas para pôr fim às mazelas dos cárceres brasileiros. Para alcançar o ideal, demanda-se um esforço conjunto de todos os envolvidos, Poder Judiciário, Executivo, Legislativo, Ministérios Públicos, além de uma intensa conscientização da sociedade, já que o cárcere não recupera quase ninguém, mas contribui, sensivelmente, para formar um exército de delinquentes.

Hoje, nos dizeres de João Marcos Buch, “Vivemos assim sob a égide de um direito penal segregacionista, destinado a encarcerar na sua maioria seres humanos jovens, pretos, pardos, social e economicamente vulneráveis”²⁹¹, e segue: “Há um pacto de mediocridade que ceifa sonhos e contribuiu para a manutenção dum *status quo* de extrema injustiça”²⁹².

²⁹¹ BUCH, João Marcos, *apud* VALOIS, Luis Carlos, *op cit*, p. 8.

²⁹² *Idem, ibidem*.

REFERÊNCIAS

AITH, Marcelo Gurjão Silveira. **Direitos Fundamentais:** Garantias Processuais, Igualdade, Liberdade e Dignidade Humana. Organizadores: Carla Figueira de Souza, Daniela Carla Gomes Freitas, Geloesse Gomes Correia Freitas e Gisele Karolina Gomes Freitas. Rio de Janeiro: Autografia, 2020a, p. 202-213.

AITH, Marcelo Gurjão Silveira. **Direitos Humanos, Sociologia, literatura e educação.** Organizadores Carla Figueira de Souza, Daniela Carla Gomes Freitas, Geloesse Gomes Correia Freitas e Gisele Karolina Gomes Freitas. Rio de Janeiro: Autografia, 2020b.

ALEXY, Robert. Constitutional rights and proportionality. **Revus** 22, 2014. Disponível em <https://revus.revues.org/2783>. Acesso em 4 mar. 2016.

ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social.** Trad. de Osvaldo Melo, Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ÁVILLA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BEIRAS, Inãki Rivera. **Desencarceramento:** por uma política de redução da prisão a partir do garantismo radical; tradução Bruno Rotta Almeida, Maria Palma Wolff. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo blanc, 2019.

BEIRAS, Inãki Rivera. **La cuestión carcelaria:** história, epistemologia, derecho y política penitenciaria. 2ª ed. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão:** causas e alternativas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BORTOLOTO, Marcelo, *apud* ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *In: Execução penal:* teoria e prática. 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa das Nações Unidas.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-sobre-programas-de-justica-restaurativa.pdf>. Acesso em 30 oct.2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 170, de 20 de junho de 2023.** Estabelece procedimentos e diretrizes para a realização de mutirões processuais penais nos Tribunais de Justiça do país durante os meses de julho e agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/dspace/handle/123/330310>. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 1º dez 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 3, de 5 de outubro de 2017.** Dispõe sobre a prestação de serviços de alimentação e nutrição às pessoas privadas de liberdade e aos trabalhadores no sistema prisional Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/4143/2/REC_CNPCP_2017_3.html. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 1º dez 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 1º dez 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 1º dez 2023.

BRASIL. **Decreto Presidencial nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017.** Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9246-21-dezembro-2017-785997-publicacaooriginal-154605-pe.html>. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. **Decreto Presidencial nº 9.370, de 11 de maio de 2018.** Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9370.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.370%2C%20DE%2011,ocasi%C3%A3o%20do%20Dia%20das%20M%C3%A3es. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 10.189, de 23 de dezembro de 2019. Concede indulto natalino e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10189.htm#:~:text=D10189&text=Concede%20indulto%20natalino%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=III%20%2D%20por%20doen%C3%A7a%20grave%2C%20como,designado%20pelo%20ju%C3%ADzo%20da%20execu%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 1º dez 2023.

BRASIL. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.769, de 18 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13769.htm#:~:text=Art.,de%20condenadas%20na%20mesma%20situa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 1º dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 1º dez 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Resolução nº 3, de 5 de outubro de 2017**. Dispõe sobre a prestação de serviços de alimentação e nutrição às pessoas privadas de liberdade e aos trabalhadores no sistema prisional. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2017/resolucao-no-3-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Resolução nº 4, de 5 de outubro de 2017**. Dispõe sobre padrões mínimos para a assistência material do Estado à pessoa privada de liberdade. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2017/resolucao-no-4-de-05-de-outubro-de-2017.pdf/view>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL, Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Resolução nº 12, de 18 de dezembro de 2009**. Recomenda a expansão e a alimentação do Banco Nacional de Perfis Genéticos e dos bancos de perfis genéticos das Unidades Federativas. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/resolucoes-2020-1/resolucao-no-12-de-03-de-dezembro-de-2020.pdf/view>. Acesso em 1º dez. 2023.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg HC nº 510.838/MG**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 03/09/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 119.732 - GO** (2008/0243187-8). Julgamento. Relator Ministro Jorge Mussi. Impetrante Gentil Meireles Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Habeas Corpus*. Execução Penal. Ingestão De Bebida Alcoólica. Classificação Como Falta Grave. Regressão Ao Regime Fechado. Interpretação Extensiva Do Art. 50 Da Lei De Execução Penal. Impossibilidade. Rol Taxativo. Ilegalidade Configurada. Ordem Concedida. Julgado em 15/09/2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=912729&tipo=0&nreg=200802431878&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091109&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 20 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 172.551 - SP** (2010/0087210-4). Julgamento. Relator Ministro Og Fernandes. Impetrante: Adriana Mayer dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Execução Penal. Posse De Bebida Alcoólica. Falta Grave. Ausência De Previsão Legal. Impossibilidade. Julgado em 2/8/2012.
Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1155817&tipo=0&nreg=201000872104&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120815&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 16 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 177.293 - Sp (2010/0116536-5)**. Julgamento. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Impetrante: Fernando Mário Gonçalves da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Execução Penal. *Habeas Corpus*. Falta Grave. Homologação. Ausência De Individualização Do Comportamento. Sanção Coletiva. Ilegalidade. Reconhecimento. Julgado em 24/04/2012. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1142854&tipo=0&nreg=201001165365&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120507&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 16 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 89.935/BA**, relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 6/5/2008, DJe de 26/5/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1487212 DF 2014/0268271-1**, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 05/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 7/11/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>. Acesso em 20 out. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal; **ADPF nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerido: Procurador-Geral Do Estado Do Tocantins 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. Julgado em 9/09/2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 1º dez 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 79.497/RJ**, Segunda Turma. Relator Ministro Maurício Correia. Cabimento, HC, Reavaliação, Valoração da Prova, Afastamento, Efeito, Confissão, Réu, Ausência, Caráter Absoluto. Ausência, Certeza, Autoria, Crime. Julgado em 19/10/1999, DJ 29/09/2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 99.141 SP**, relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 29/03/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 13-04-2011 PUBLIC 14-04-2011 EMENT VOL-02503-01 PP-00148.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **HC nº 191.836/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Prisão Preventiva – Fundamentos – Subsistência. Prisão Preventiva – Prazo – Excesso. *Habeas Corpus* – Liminar – Deferimento. Julgado em 2/10/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE nº 635.659/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Reclamante: Francisco Benedito de Souza. Reclamado: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Julgado em 17/08/2023. DJe 31/08/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 11.5.2016, DJe de 8.8.2016 [RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423].

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral (Vol. 1). 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BUCH, João Marcos, *apud* VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Editora D'Plácido, 2021

CACICEDO, Patrick. **Pena e Funcionalismo**: uma crítica da prevenção geral positiva. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CARDET, Christophe. **Le placement sous surveillance électronique**. Paris: L'Hamarttan, 2003.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo blanc, 2021.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo blanc, 2018.

COYLE, Andrew. **Administração penitenciária**: uma abordagem de direitos humanos – Manual para servidores penitenciários. Manual para servidores penitenciários. Imprensa: Londres, International Centre for Prison Studies, 2002.

Efeitos e benefícios da exposição à luz solar para a imunidade. **Portal PUC-RS, 2020**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Disponível em: <https://www.pucrs.br/coronavirus/efeitos-e-beneficios-da-exposicao-luz-solar-para-imunidade/>. Acesso em: 22 jun. 2023.

ERMANNNO, Gallo; RUGGIERO, Vincenzo, *apud* BEIRAS, Iñaki Rivera. *In*: **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. 1.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. NIXON, Richard (1969-1974). **Remarks About an Intensified Program for Drug Abuse Prevention and Control**, Washington DC, Casa Branca, 17 de junho de 1971. Disponível em: <https://prhome.defense.gov/Portals/52/Documents/RFM/Readiness/DDRP/docs/41%20Nixon%20Remarks%20Intensified%20Program%20for%20Drug%20Abuse.pdf>. Acesso em 1º dez. 2023.

GRECO, Rogério. Monitoramento eletrônico. **Editora Impetus**, s/d. Disponível em: http://www.impetus.com.br/#display=downloads&container=content&module=jpf_client_user_group_file&view=show_my_all&id_file=240. Acesso em: 7 out. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho** penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003

JESUS, Maria Gorete Marques; OI, Amanda Hidelbrand; ROCHA, Thiago Thadeu da, **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

KAUFMANN, Hilde. **Principios para la Reforma de la Ejecución Penal**. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019.

LISZT, Franz von. **La idea del fin em el Derecho Penal**. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada: Ed. Comares, 1995.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schimitt. **Direito Penal Parte Geral**: lições fundamentais. 7ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022

MEDEIROS, Tainah. Como fazer a higiene íntima feminina. In: **Blog do Dráuzio Varella, 2021**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/mulher-2/como-fazer-a-higiene-intima-feminina/>. Acesso em: 18 out. 2023.

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

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). 2. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2021.

MENDES, Igor. **A pequena prisão**. 1 ed. Edição do Kindle.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Criminologia**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Organização das Nações Unidas (ONU) – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 1º dez. 2023.

Organização da Nações Unidas (ONU), **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 16 de dezembro de 1966**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 1º dez 2023.

Organização da Nações Unidas (ONU), **Princípios Básicos para o tratamento dos reclusos da ONU**. Disponível em: http://www.defensoria.ms.gov.br/images/repositorio-dpgems/conteudo-nucleos/nudedh/legislacao-internacional/sistema-onu/25_-_Regras_M%C3%ADnimas_para_o_Tratamento_dos_Reclusos.pdf. Acesso em 1º dez. 2023.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos** (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 7 out. 2022.

Organização da Nações Unidas (ONU), **Resolução nº 43/173, de 9 de dezembro de 1988**. Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex51.htm>. Acesso em 1º dez. 2023.

PAVARINI, Massimo. **Vivere in meno di 3 metri quadrati**. Disponível em: http://www.ristretti.it/commenti/2013/marzo/pdf/articolo_pavarini.pdf. Acesso em 30 out. 2023.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO André. **Curso de penologia e execução penal**. - 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

POSSAS, Mariana Thorstensen. O Problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 56, set./out. 2005

POZA CISNERO, Maria. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. **Revista del Poder Judicial**, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIO DE JANEIRO (Estado), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Execução nº 0165959-25.2017.8.19.0001**, 2021.

RODRIGUES, Anabela de Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. Revista dos Tribunais: 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria e prática**. 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SAGER, Tatiana. **OLHA pra Elas**. Direção de Renato Dornelles. Panda Filmes, 2023, [51:45']. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NFKldyDsuCM>. Acesso em 1º dez 2023.

SAMIENITO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 3ª ed. São Paulo: Fórum, 2020.

SANTOS, Andreia Beatriz Silva. Por uma prática de saúde abolicionista, *in*: **Le Monde diplomatique Brasil, 2022**. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/por-uma-pratica-de-saude-abolicionista/>. Acesso em 20 oct. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Diagnóstico das Inspeções do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (2014-2019)**. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Núcleo Especializado de Inspeção Carcerária (NEIC). **Análise do Cumprimento das Regras Constantes na Convenção Contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e em Seu Protocolo Opcional Pelo Brasil**. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/web/guest/busca?p_p_id=com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_INSTANCE_pxgx&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_INSTANCE_pxgx_mvcPath=%2Fview_content.jsp&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_INSTANCE_pxgx_assetEntryId=4665632&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_INSTANCE_pxgx_type=content&p_l_back_url=%2Fbusca%3Fq%3DAn%25C3%25A1lise%2Bdo%2BCumprimento%2Bdas%2BRegras%2BConstantes%2Bna%2BConven%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BContra%2BTortura%2Be%2Boutros%2BTratamentos%2Bou%2Bpenas%2BCru%25C3%25A9is%252C%2BDesumanos%2Bou%2Bdegradantes%2Be%2Bem%2Bseu%2Bprotocolo%2BOpcional%2BPelo%2BBrasil. Acesso em 4 dez. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária – SAP. **Dados da população carcerária em 30 de julho de 2021**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/sap.html>. Acesso em 30 out. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 3. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**: O papel dos juízes no grande encarceramento. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **FGV, 1998**. Disponível em:
<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em 20 out. 2023.

SIONTI, Verônica dos Santos. **Indulto e desencarceramento no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2021. Disponível em <https://repositorio.usp.br/item/003056497>. Acesso em 20 out. 2023.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

VALOIS, Luis Carlos. **Conflito Entre Ressocialização e o Princípio da Legalidade Penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora D'Plácido, s/d.

VALOIS, Luis Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. 2ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Jurídica do Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sergio Lamarão. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

