

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fábio José Moreira da Silva

**A PROGRESSÃO DE REGIME APÓS AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI
13.964 DE 2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – POSSÍVEIS IMPACTOS NO
SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2021

Fábio José Moreira da Silva

**A PROGRESSÃO DE REGIME APÓS AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI
13.964 DE 2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – POSSÍVEIS IMPACTOS NO
SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gérias, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Klélia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Direito Público

Belo Horizonte
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586p Silva, Fábio José Moreira da
A progressão de regime após as alterações trazidas pela Lei 13.964 de 2019 na Lei de Execução Penal - possíveis impactos no sistema penal brasileiro / Fábio José Moreira da Silva. Belo Horizonte, 2021.
75 f. : il.

Orientadora: Klélia Canabrava Aleixo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. 2. Direito penitenciário. 3. Execução penal - Brasil. 4. Direito penal. 5. Lavagem de dinheiro - Legislação - Brasil. 6. Investigação criminal - Brasil. 7. Legalidade (Direito). I. Aleixo, Klélia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.2

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Fábio José Moreira da Silva

**A PROGRESSÃO DE REGIME APÓS AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI
13.964 DE 2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – POSSÍVEIS IMPACTOS NO
SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Prof.^a Dr.^a Klélia Canabrava Aleixo - PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (Banca Examinadora)

Prof. Dr. José de Assis Santiago Neto (Suplente)

Belo Horizonte, 08 de abril de 2021.

*À minha esposa Fabíola, e aos meus filhos, Ícaro,
João e Maria, por serem a razão de todo meu esforço.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que neste longo e árduo percurso que se chama vida, sempre foi o responsável por “*aquietar minha alma, fazendo o meu coração ouvir a tua voz, me chamando para perto, de modo que só assim eu não me sentisse só.*” (AQUIETA, 2013, grifo nosso).

A minha família, especialmente aos meus pais Angela e José Moreira, e a meus irmãos, Viviane e Charles, gostaria de dizer que eu sei que “[...]nos momentos mais difíceis da vida [vocês] sempre estarão por perto, pois só sabem [me] amar e se por acaso a dor chegar, ao [meu] lado vão estar pra [me] acolher e [me] amparar.” (TUA FAMÍLIA, 2002, grifo nosso).

A todas as pessoas que o Sistema de Atendimento Judiciário (SAJ) da PUC Minas me presenteou – (que sabe quem são)

[...]eu só quero agradecer, por ter vocês pra acompanhar minhas loucuras, me deixar bem mais seguro daquilo que eu posso ser se eu somente acreditar por almoçar depois do horário, falar mal do Bolsonaro e desenhar Luigis, Marios Cogumelos sem parar, por dar risada de tudo e sempre colorir meu mundo com as cores mais bonitas que eu já vi alguém pintar por me amarem com a mesma intensidade e por serem, de verdade, a melhor família que eu pudesse ganhar. (DÁDIVA, 2017, grifo nosso).

À Tatiane Garcia, Camilla Ayala, Matheus Felipe e Fabiana Mendes, gostaria de dizer que

É tão bonito quando a gente perde o brilho então a vida nos faz o favor de entregar pro coração pedaços de estrelas do céu pra outra vez nos iluminar com um sorriso a dois ou um segredo que se expôs tão gentilmente que nem deu pra perceber, com um abraço apertado ou uma voz do outro lado de um abraço apertado ou de um conselho que é dado sem a intenção e ainda assim acalma o coração. (DÁDIVA, 2017, grifo nosso).

À Professora Klélia, só digo que

É tão bom poder encontrar alguém pra gente se espelhar que nos faz acreditar e está sempre pronto pra ajudar. Você desperta em mim a vontade de saber e me prova que melhor do que já sou, eu posso ser . Eu só tenho a agradecer e pedir ao céu que proteja você, e se um dia pensar em parar lembre que alguém como eu precisa te encontrar. Sua paixão e dedicação a ensinar é de se admirar mesmo com todos os seus problemas você está aqui com um sorriso pra dizer bom-dia. Eu sei, muitos não reconhecem seu valor. Mas pra mim você é mais do que um (a) professor (a)”. (THAIANE, 2014, grifo nosso).

Aos meus cunhados, demais familiares, amigos, funcionários da PUC Minas que torceram e participaram por mim e comigo nessa caminhada gostaria de dizer que *“quem cultiva a semente do amor segue em frente e não se apavora se na vida encontrar dissabor vai saber esperar a sua hora,[...] na vida é preciso aprender se colhe o bem que plantar é Deus quem aponta a estrela que tem que brilhar”* (THAIANE, 2009, grifo nosso). Através do “bem” que vocês colheram, me desejando boas vibrações, eu consegui.

RESUMO

Nesta pesquisa, tratou-se da progressão de regime e das alterações trazidas pela Lei 13.964 de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, na Lei 7.210 de 1984, Lei de Execução Penal. O tema progressão de regime é muito discutido no Brasil, principalmente pela falta de infraestrutura penitenciária. Portanto, valendo-se de pressupostos teóricos, buscou-se analisar estas alterações significativas, o quanto alterou para se atingir o referido benefício, bem como a realidade do sistema prisional brasileiro e os possíveis impactos com a edição da nova legislação tendo em vista o aumento do tempo de encarceramento. Objetivou-se, ainda, fazer uma breve abordagem história da Execução Penal no Brasil, desde a Casa de Correção da Corte até a atual Lei de Execução Penal. Foram abordadas também legislações nacionais e internacionais que garantem a dignidade da pessoa humana e proíbem o tratamento degradante, desumano e as penas cruéis. Buscou-se analisar, em números, a superlotação das penitenciárias de Minas Gerais de acordo com dados do INFOPEN de 2019 e os possíveis efeitos físicos e psicológicos sobre o sujeito encarcerado por muito tempo. Por fim, foi realizada uma breve análise na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, do Supremo Tribunal Federal acerca da realidade do sistema prisional brasileiro. Para atingir o objetivo geral, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, por meio de fontes primárias e secundárias, tais como, artigos, livros, decisões judiciais, notícias, dentre outros. O propósito era criar bases sólidas sobre os principais institutos envolvidos no objetivo geral para formar uma conclusão contundente e que harmonizasse todos esses direitos. Atingidos esses objetivos, foi possível constatar a relevância do tema e a importância de uma política criminal voltada para a educação e para a edição de leis menos repressivas. Assim como alguns países, o Brasil precisa estar atento a esse fato e promover uma abordagem que garanta a segurança pública sem desprezar direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade.

Palavras-chave: Progressão de Regime. Direito Penitenciário. Direito Penal. Execução Penal.

ABSTRACT

In this research, it was about the regime progression and the changes brought by Law 13,964 of 2019, known as “Anticrime Package”, in Law 7,210 of 1984, the Penal Execution Law. The theme of regime progression is much discussed in Brazil, mainly due to the lack of prison infrastructure. Therefore, using theoretical assumptions, we sought to analyze these significant changes, how much it changed to achieve the referred benefit, as well as the reality of the Brazilian prison system and the possible impacts with the edition of the new legislation in view of the increase incarceration time. The objective was also to make a brief historical approach to criminal execution in Brazil, from the House of Correction of the Court to the current Criminal Execution Law. National and international laws that guarantee the dignity of the human person and prohibit degrading, inhumane treatment and cruel penalties were also addressed. We sought to demonstrate, in numbers, the overcrowding of penitentiaries in the Minas Gerais according to data from INFOPEN 2019 and the possible physical and psychological effects on the prisoner for a long time. Finally, a brief analysis was carried out on the decision of the Arguition of Non-Compliance with Fundamental Precept - ADPF 347, by the Supreme Federal Court regarding the reality of the Brazilian prison system. To achieve the general objective, the methodology used was the bibliographic review, using primary and secondary sources, such as articles, books, court decisions, news, among others. The purpose was to create solid bases on the main institutes involved in the general objectives in order to form a strong conclusion that would harmonize all these rights. Having achieved these objectives, it was possible to see the relevance of the theme and the importance of a criminal policy aimed at education and the issuing of less repressive laws. Like some countries, Brazil needs to be aware of this fact and promote an approach that guarantees public security without disrespecting the rights and guarantees of people deprived of their liberty.

Keywords: Regime Progression. Penitentiary Law. Criminal Law. Penal execution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

APAC – Associação de Assistência aos Condenados

Art. – Artigo

CERESP – Centro de Remanejamento do Sistema Prisional

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPT – Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas Desumanas ou Degradantes

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

LEP – Lei de Execução Penal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ABORDAGEM HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL	14
2.1	A Casa de Correção da Corte.....	16
2.2	Códigos Penitenciários do Brasil	18
2.3	A atual Lei de Execução Penal	20
3	A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OS FUNDAMENTOS DA PROGRESSÃO DE REGIME	24
3.1	Estado Democrático de Direito	28
3.2	Bases principiológicas	32
3.2.1	<i>Princípio da legalidade</i>	<i>34</i>
3.2.2	<i>Princípio da individualização da pena</i>	<i>36</i>
3.2.3	<i>Princípio da humanidade</i>	<i>37</i>
3.3	Cumprimento da pena no Brasil.....	39
3.4	Efeitos físicos e psicológicos do encarceramento	53
4	ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19 (LEI “ANTICRIME”) NA PROGRESSÃO DE REGIME	58
4.1	Inconstitucionalidades	63
4.2	Violação da autoridade da decisão do STF na ADPF 347/2015.....	64
5	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

A superlotação nas penitenciárias brasileiras é um problema que se arrasta no decorrer de muitos anos sem que as autoridades apresentem soluções eficazes para controlar o encarceramento em massa que podemos ver nos dias de hoje.

Vivemos em um tempo de condições intoleráveis no tratamento dos detentos, vigorando um sentimento social generalizado que exige um recrudescimento penal com a criação de novos tipos penais, aumento de penas, aumento do tempo do condenado na prisão e construção de presídios cada vez mais seguros.

Durante o período colonial vigoravam as Ordenações Filipinas prevendo castigos corporais, prevalecendo o poder real, regulando a estabilidade social e limitando o poder senhorial. Em 1830 começou a vigorar o Código Penal e em 1832 o Código de Processo Penal, ambos revogando as Ordenações Filipinas, modernizando o direito penal. O Código Penal buscou afastar a visão de estado absolutista derivado do poder divino. Essa legislação baseou a aplicação da pena na gravidade do crime cometido e estabeleceu penas exclusivas para os escravos, como os açoites e ferros, galés e pena de morte.

A violência da escravidão resultou em assassinatos, fugas, abortos, rebelião, formação de quilombos, ataques a cidades e engenhos, e a resposta institucional foi a de sempre: prisão, castigos corporais, penas capitais e a guerra.

A natureza da pena era meramente administrativa, o preso ficava à disposição da arbitrariedade do diretor da penitenciária, sem possuir qualquer direito garantido. Entretanto, pelo menos legislativamente, isso foi mudando até que nos dias atuais o preso passou a ser visto como alguém que possui direitos.

Historicamente, podemos afirmar que o processo de formação das classes sociais está centrado no preconceito contra os negros e os pobres em geral, gerando um tratamento penal aplicado pelas elites aos menos favorecidos da sociedade. Este processo se inicia no Brasil colônia, atravessa o Império e adentra a República.

Observa-se o constante crescimento da violência urbana, e o processo de exclusão social permanece garantido pelo sistema de justiça criminal. O Brasil carrega uma grande bagagem no critério combate ao crime e já deveria ter se atentado pelo fracasso do sistema punitivista.

O caminho seguido pelo Brasil, no que diz respeito à política criminal, está centrado no combate da criminalidade a qualquer custo, mesmo tendo uma Constituição Federal

fundada em princípios garantistas, constando expressamente em seu texto diversos direitos fundamentais.

A sensação de impunidade foi acentuada pela mídia nos últimos anos, com recentes escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro praticados por organizações criminosas, como apuradas na ação nº 470 (Mensalão) e na “Operação Lava Jato”, que por si só, legitimou uma política criminal repressora para o combate a crimes contra o erário público, crimes hediondos e crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

Por mais que existam resistências, estamos em um tempo em que a política criminal se inclina cada vez mais para uma política repressiva, com a fantasiosa mentalidade de prestação de segurança a uma sociedade permeada pela cultura do medo, tornando as prisões em grandes depósitos de pessoas excluídas socialmente, como se descartáveis fossem.

A criminalidade passa por um processo de politização que se rende a determinados grupos de interesse ou ao poder da mídia, tornando o crime uma fonte de renda. Infelizmente, é essa fonte midiática, e não a ciência, que alcança maior número de pessoas que formam inevitavelmente a “opinião pública”.

É cada vez maior o número de pessoas que acreditam que aumentar o encarceramento é diminuir a criminalidade e aumentar a sensação de segurança. Entretanto, não há registros que comprovem que aumentando a resposta penal do Estado diminui-se a criminalidade. Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), nos últimos anos no Brasil, as penas privativas de liberdade têm sido usadas com maior frequência, e nem por isso a criminalidade tem reduzido.

Com o advento da Lei de Drogas 11.343/06 surgiu uma expectativa de melhorar o sistema prisional brasileiro que já apresentava superlotações. Entretanto, o que se vê após quase 15 anos da criação da Lei de Drogas é o aumento considerável de número de presos, principalmente por crimes relacionados às drogas.

Não é segredo que as legislações penais brasileiras, principalmente o Código Penal, necessitam mudanças que as tornem condizentes com os novos tipos penais e com a nova realidade carcerária, mas, mudanças encarceradoras poderão colapsar ainda mais o sistema carcerário brasileiro.

Mudanças significativas começaram com a edição da Lei 7.210 de 1984 e efetivou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Logo, outras mudanças vieram, como por exemplo, com a Lei 8.072 de 1990, a Lei de Crimes Hediondos e com a Lei 13.343 de 2006, a famosa Lei de Drogas.

As legislações brasileiras, dentre elas a Lei 13.964 de 2019, vão em direção às suas antecessoras suprimindo direitos. Ignoram a existência da dívida social brasileira, a concentração de renda, o desemprego e o processo de exclusão social.

Nesse contexto, nesta pesquisa objetivou-se verificar, por meio do método dedutivo, até que ponto as nossas legislações contribuem para o encarceramento em massa no Brasil, fazendo uma breve abordagem histórica na evolução legislativa em matéria de Execução Penal, inclusive na recente Lei 13.964 de 2019, que vai no sentido de contribuir com a superlotação das cadeias brasileiras. Para atingir esse objetivo, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica: fontes primárias e secundárias, tais como, artigos, livros, decisões judiciais, notícias, dentre outros.

Assim, no segundo capítulo da pesquisa, preocupou-se em fazer uma abordagem histórica da Execução Penal no Brasil, demonstrando como as penas eram cumpridas na antiguidade, a severidade com que eram tratados os condenados com a aplicação de penas bárbaras e cruéis, como por exemplo, as mutilações corporais. Buscamos trazer as principais leis em matéria de Execução Penal criadas no Brasil, desde a Casa de Correção da Corte no Rio de Janeiro, até a atual Lei 7.210 de 1984, Lei de Execução Penal.

Traçados os principais pontos sobre as legislações anteriores, abordamos no terceiro capítulo o fundamento da Execução Penal e da progressão de regime em um Estado Democrático de Direito que, teoricamente, tende a preservar direitos e garantias fundamentais da pessoa privada de liberdade. Neste mesmo capítulo buscamos demonstrar como é a realidade do cumprimento de pena no Brasil, tendo em vista a vasta legislação que garante direitos aos presos e a triste crise no sistema penitenciário atual, com prisões superlotadas conforme os dados estatísticos divulgados pelo INFOPEN, e os consequentes efeitos físicos e psicológicos das pessoas privadas de liberdade.

No quarto capítulo, abordamos as principais alterações trazidas pela Lei 13.964 de 2019, vulgarmente tratada como “Lei anticrime”. Abordamos, principalmente, as alterações que dizem respeito à progressão de regime, que alterou significativamente o tempo de cumprimento de pena para que o condenado tenha o benefício da progressão de regime, ou seja, terá que permanecer mais tempo preso contribuindo ainda mais com o encarceramento em massa e a superlotação das penitenciárias. Com isso, importante se faz a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, no tocante ao reconhecimento de Estado de Coisas Inconstitucional nas penitenciárias brasileiras.

Por fim, no quinto e último capítulo, são tecidas as considerações finais do autor da

pesquisa sobre como a tendência das políticas criminais no Brasil estão voltadas para satisfazer os anseios da sociedade, tornado as penas cada vez maiores, criando novos tipos penais, dificultando o cumprimento de pena, tudo em busca de conter a criminalidade. Entretanto, como demonstrado no decorrer de todo trabalho, não é isso que podemos concluir.

As premissas históricas e sociológicas brasileiras serão as trilhas para enfrentarmos as legislações atuais, pela incapacidade estatal em combater a violência privada.

Com os novos parâmetros assumidos pela sociedade, acredita-se que o assunto se tornará recorrente. Dessa forma, o intuito foi contribuir para o debate sobre o tema e fomentá-lo, pois, é um tema muito debatido no País e em todo o mundo.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Antes do descobrimento do Brasil, nas civilizações primitivas, era predominante a vingança privada com reações penais exageradas, tendo como formas punitivas, principalmente, as penas corporais. A partir do descobrimento do Brasil, foram aplicadas as Ordenações Afonsinas, que vigoraram até 1514, e tinham como características as penas cruéis, a ausência de princípios consagrados e a arbitrariedade dos Juízes para fixar a pena. Logo foram editadas as orientações Manuelinas, que pouco se diferenciaram das Ordenações Afonsinas, seguindo, depois, para as Ordenações Filipinas que também se mantiveram no mesmo norte de crueldade das penas (MASSON, 2016).

Todas estas fases se orientavam no sentido de uma ampla e generalizada criminalização com punições tão severas que impunham o temor pelas mesmas. Além da pena de morte, era comum o açoite, a amputação de membros, a perda de bens e as galés, todas penas consideradas bárbaras e infamantes.

Congressos relacionados com à execução da pena foram realizados no mundo inteiro, como o de Londres (1872), Estocolmo (1878), Roma (1885), periodicamente em Petersburgo, Paris, Bruxelas, Budapeste e Washington. Logo os Congressos Penitenciários Internacionais em Londres (1923), Praga (1930) e Berlim (1935). A partir desses marcos históricos para o direito penitenciário, foi criada a Comissão Internacional Penal e Penitenciária (1929), que deu origem à elaboração das Regras Mínimas das Organizações das Nações Unidas (ONU), adotadas em 1955, passando as pessoas presas a serem reconhecidas como titulares de direitos (ALBERGARIA, 1993).

Antes do Século XVII, os presídios serviam apenas como um local de custódia para pessoas acusadas de crimes sem condenação, doentes mentais, e pessoas consideradas com condutas desviantes, como prostitutas, mendigos, ébrios habituais, vagabundos, etc. No final deste século, a pena privativa de liberdade se popularizou e passou a ser o principal meio de execução de pena. Neste contexto, surge a necessidade de estudos no que diz respeito à execução da pena privativa de liberdade, pois notou-se o flagrante fracasso na reintegração do preso na comunidade. Assim, começa a importante autonomia do Direito Penitenciário com considerável preocupação no tratamento do preso e no modo de execução da pena privativa de liberdade (MIRABETE, 2007).

Com o passar dos anos, as penas cruéis foram se tornando menos aceitáveis, com isso, a Constituição de 1824, art. 179, XIX, dispôs sobre a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente, e de todas as demais penas cruéis (BRASIL, [1841]).

Os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana são fundamentos estabelecidos pela nossa Constituição da República de 1988. Entretanto, mesmo após sua promulgação, se manteve uma enorme distância entre estes preceitos e sua real eficácia.

Ainda há um grande distanciamento entre a existência da norma e sua eficácia concreta, que se deve principalmente pela histórica visão segregacionista e retributivista da pena, enraizada em nossa sociedade como a falsa missão ressocializadora (ROIG, 2005).

Desde os regulamentos penitenciários da sociedade escravista brasileira do Século XIX, até a atual Lei de Execução Penal, quando se impõe uma sanção, se remete ao tempo da escravidão, com a clara violação dos direitos humanos, com um modelo repressivo e inquisitorial, demonstrando claramente que as normas de Execução Penal no Brasil estão contrárias ao princípio acusatório (ROIG, 2005).

Descreve Roig que:

O arcabouço executivo-penal, avesso ao princípio acusatório, ostenta há muito a marca do totalitarismo, visto que ‘as reivindicações do preso e da massa carcerária, não esporadicamente, são desprezadas pelas autoridades administrativas e judiciárias sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, representada neste universo pelos signos da disciplina e da segurança’ (ROIG, 2005, p. 16).

O preso, na maioria das vezes, é castigado com fundamento em normas vagas, simplesmente com a desculpa de se manter o respeito e a ordem.

Atualmente, pode-se dizer que a atividade punitiva estatal reflete valores históricos vividos pela sociedade brasileira ao longo de anos (ROIG, 2005).

O que podemos perceber claramente são discursos autoritários impondo a prisão como a única forma de solução de conflitos sociais. Existe um grande questionamento sobre a pena privativa de liberdade. O problema da prisão é a prisão que, não só no Brasil, mas no mundo todo, desonra, denigre, desmoraliza e abruta o preso.

Este comportamento se fomenta por criar uma ideologia justificadora, que faz com que todo ato autoritário seja visto como circunstancial e necessário (PASTANA, 2019).

Como é sabido, o deferimento de benefícios legais durante a aplicação da pena depende única e exclusivamente do comportamento satisfatório do condenado, de seu adestramento, onde a discricionariedade da autoridade carcerária esta amplamente enraizada.

Essa necessária vinculação entre concessão de ‘benefícios’ e comprovação de conduta satisfatória nos conduz à segunda das nefastas consequências deflagradas pelo modelo meritocrático de Execução Penal: o engessamento do Poder Judiciário pelo obscurantismo administrativista do cárcere. Em outras palavras: assumindo o tradicional papel de mero espectador da Execução Penal ou melhor, de simples

homologador da admoestação disciplinar infligida pela autoridade correccional, o Poder Judiciário se curva diante de preeminência do direito penitenciário (informal) sobre o direito processual penal (formal). (ROIG, 2005, p. 20).

Continua o autor, salientando:

Convém frisar, por oportuno, que os deveres da Administração em sede de Execução Penal deveriam ser hoje analisados sob dois prismas distintos: o primeiro no sentido positivo (ou de ação), segundo o qual o Estado deve agir no sentido de prover aos apenados os direitos sociais preconizados na LEP e na Constituição Federal. O segundo sob a ótica negativa (ou de inação) pela qual tem o Estado a obrigação de se abster da prática de qualquer ato atentatório aos direitos fundamentais do recluso. (ROIG, 2005, p. 24).

A regulamentação penitenciária no Brasil sempre foi marcada por desvalores morais. As normas de controle e punição dos presos são claramente antidemocráticas e desumanas, distanciando o controle-social da legalidade.

A política criminal brasileira está amplamente relacionada com a atual política econômica neoliberal, ou seja, o controle social, que se faz por meio do monopólio da violência do Estado, é modificado de acordo com os interesses econômicos. Sendo assim, essas mudanças estão, de alguma forma, relacionadas às questões políticas e econômicas, autoritariamente administradas pelo Estado. Neste contexto, podem-se destacar as mudanças econômicas que aconteceram na Década de 1980, onde a criminalização de novas condutas e o aumento de pena das já existentes foram as mais marcantes (PASTANA, 2019).

Concordando plenamente, Roig afirma que:

De todo modo, qualquer análise que se faça dos regramentos penitenciários do Brasil deve ser sempre despida de prejulgamentos e compreendida à luz das particularidades dos diversos momentos históricos, dos interesses políticos, econômicos e sociais envolvidos e da evolução dos pensamentos criminológicos. (ROIG, 2005, p. 27).

2.1 A Casa de Correção da Corte

O marco inicial histórico da prisão foi a partir do Século XIX, onde esta passou a ser a principal forma de punição em nosso país.

Até então, vigoravam no Brasil as penas de privação de bens, as penas corporais, os açoites, as penas de morte na forca, as galés, o desterro, o degredo e os trabalhos forçados. Nesta época, as prisões foram precariamente adaptadas em fortalezas, ilhas, quartéis, e até em navios, persistindo ainda as prisões eclesiásticas em conventos. No Rio de Janeiro colonial destacou-se principalmente a Cadeia Velha, edificada em 1672, e a prisão do Aljube,

edificada em 1735. Com o início do período imperial, permaneceram como prisões civis da Corte a prisão de Santa Bárbara, a da Ilha das Cobras, o Calabouço e o Aljube (ROIG, 2005).

A prisão da Ilha das Cobras era inicialmente destinada a militares, mas logo passou a abrigar presos civis e escravos. Já o Calabouço era destinado a escravos fugitivos que eram capturados por caçadores. A prisão de Aljube, inicialmente, era uma prisão eclesiástica, e em 1808 tornou-se uma prisão comum. Por fim, após o período colonial, as penitenciárias brasileiras não sofreram significativas mudanças, permanecendo ao longo de séculos uma catástrofe. Neste contexto, em 1850 foi inaugurada a Casa de Correção da Corte, amplamente solicitada pelos membros de órgãos ligados à proteção de direitos humanos, construída, principalmente, para abrigar os cativos insurgentes, os capoeiras, bem como para diminuir a mendicância e ensinar ofícios aos vadios (ROIG, 2005).

Após a criação da Casa de Correção da Corte, foi elaborado por Euzébio de Queiroz Coutinho Mattozo Câmara, na época Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, o Decreto nº 678, de 1850, que regulamentou a Casa de Correção do Rio de Janeiro, considerado por muitos autores o primeiro regulamento carcerário brasileiro.

O referido decreto regulamentava o sistema penitenciário da Casa de Correção da Corte, em resumo, da seguinte forma:

- a) conforme estabelece o art. 1º do referido Decreto, a Casa de Correção da Corte foi destinada para prisão com trabalho, seguindo o sistema auburniano;
- b) classificava os condenados em duas divisões, a divisão correccional, dividida em duas classes, uma que abrigavam os menores condenados em virtude do Art. 13 do Código Criminal, e outra abrigavam os mendigos, os vadios em conformidade dos Arts. 295 e 296 do Código Criminal, e Art. 4º da Lei de 26 de outubro de 1831, além dos condenados pelas autoridades policiais por qualquer que seja o motivo, e a divisão criminal, era dividida em três classes em abrigavam todos os presos que não pertencerem à divisão correccional. As classes eram hierarquicamente diferentes, de forma que das primeiras para as últimas o grau de severidade no tratamento iria diminuindo. Também eram diferentes os tempos de almoço e passeio, conforme Arts. 2º, 3º e 4º do Decreto 678 de 1850;
- c) agora, inspirado no sistema inglês, o Decreto 678 de 1850 adotou o sistema progressivo, estabelecendo, em seu art. 7º, o período de prova;
- d) as penas disciplinares eram as seguintes: Trabalho solitário e de tarefa; Restrição alimentaria, ou jejum a pão e água; Cellula obscura; Passagem de classe mais

favorecida para mais austera; Ferros, no caso de extrema necessidade, e por ordem da Comissão Inspectora, todas as penalidades estão contidas no art. 46 do Decreto 678; (BRASIL, 1850).

Nota-se que a imposição de castigo corporal é recorrente no Decreto nº 678, de 1850.

Em 1856 foi editado o Decreto 1.774 de 1856, regulamentando a Casa de Detenção da Casa de Correção da Corte, assinado por José Thomaz Nabuco de Araújo, na época Ministro e Secretário d'Estado dos Negócios da Justiça. Conforme o Art. 1º do referido Decreto, parte da Casa de Correção da Corte foi destinada à Casa de Detenção, enquanto não fosse construído o edifício desta. Assim, nos termos do Art. 2º, quaisquer outros presos que não fossem punidos com prisão trabalho, iriam para a Casa de Detenção estabelecida provisoriamente na Casa de Correção da Corte (BRASIL, 1856).

2.2 Códigos Penitenciários do Brasil

Após diversas alterações não muito significativas nas normas penitenciárias da Casa de Correção da Corte e da Casa de Detenção, noticia Benjamin Morais, em 1930, a primeira iniciativa para o ordenamento da Execução Penal, com a comissão integrada pelos professores Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Pereira Carrilho, apresentando o projeto de Código Penitenciário da República em 1933 (ALBERGARIA, 1993).

Este projeto foi considerado o precursor dos Códigos em matéria penitenciária no Brasil. Assim como os regulamentos antigos, também deu grande importância ao saber médico, dando ênfase em: estudo de fatores físicos e psíquicos para definir a personalidade dos apenados; na participação do médico nas sessões do conselho; e na edificação de instituições psiquiátricas. Nesse sentido, o projeto previa a possibilidade de prolongamento da pena convertendo-a em medida de segurança por tempo indeterminado, mesmo após o cumprimento do tempo fixado na sentença penal condenatória, desde que comprovada a periculosidade do apenado (ROIG, 2005).

O referido projeto não teve prosseguimento, sendo extinto no ano de promulgação do Código Penal de 1940, por não ter compatibilidade com o mesmo. Foi considerado o mais extenso de todos os esboços na matéria de Execução Penal, com 854 artigos. Ressaltasse que o projeto marcou com importantes temas como regimes penitenciários, trabalho penal,

educação dos sentenciados, deveres e prerrogativas dos sentenciados e cadastro penitenciário (BARBOSA, 1982).

Como o próprio Código Penal e o Código de Processo Penal da época não tratavam sobre as medidas de cumprimento de pena privativa de liberdade, continuava a necessidade de criação de uma Lei de Execução Penal.

Com isso, outro projeto de Código Penitenciário foi elaborado em 1957, que inicialmente era para ser presidido por Roberto Lyra, mas, com sua recusa, foi elaborado por Oscar Stevenson, que inovou com princípios como o da legalidade e o da individualização da pena. Marcou também com a proibição de se levar pessoas ao cárcere sem ordem da autoridade competente, ou em local diverso do determinado em sentença penal condenatória. Também proibiu a prisão determinada por autoridade diversa da judiciária, enfatizou o respeito à dignidade da pessoa humana e demonstrou preocupação com os efeitos maléficos do cárcere (ROIG, 2005).

Apesar de todas as inovações, o referido anteprojeto também não foi sancionado, o que, no máximo, deu impulso à Lei 3.274 de 1957, que dispôs de forma simples as Normas Gerais do Regime Penitenciário, mantendo o princípio de individualização da pena, conforme seu art. 1º, I, e o recolhimento em estabelecimento adequado de acordo com sua reprimenda, sexo, idade e pena, conforme incisos III, VIII, IX, X, XI, XII. Entretanto, tal Lei se tornou uma letra morta no ordenamento jurídico, tendo em vista que não tinha qualquer sanção em caso de descumprimento de princípios ou regras contidas na mesma (BRASIL, [1984]).

Em 1963, Roberto Lyra inova com o Anteprojeto de Código Penitenciário, onde, conforme citado pelo mesmo em sua exposição de motivos, sugeriu uma nova designação, qual seja, Código de Execução Penal. Segue o autor: “Vossa Excelência, com a argueza e a sensibilidade de sempre, deu-me liberdade quanto o objeto do Código e pediu-me outra designação. Sugeri Código das Execuções Penais.” (BARBOSA, 1982, p. 303).

Dentre os dispositivos do novo anteprojeto de Roberto Lyra, destaca-se a possibilidade da Lei penal retroagir e ser aplicada por analogia para benefício do apenado. Além disso, manteve a importância da dignidade da pessoa humana, importância da inserção social do egresso e prezou pela autoridade do Poder Judiciário em matéria de Execução Penal. Começou a afastar como causa de criminalidade a anatomia, a fisiologia e a psicologia, e deu grande importância ao ambiente em que o indivíduo está inserido e a periculosidade do meio social (ROIG, 2005).

O anteprojeto de Lyra nem chegou a se tornar um projeto, sendo que também não foi adiante pelo próprio desinteresse do autor em face da eclosão do movimento político de 1964 (MIRABETE, 2007).

Em 1977, foi promulgada a Lei 6.416 por intermédio de Armando Falcão, então ministro da justiça, que alterava o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais. Em sua exposição de motivos o projeto tinha como principais características a valorização da função do juiz, a boa adequação à política penal e penitenciária e, principalmente, considerava o acusado e o condenado como pessoa de direitos (ALBERGARIA, 1993).

Por fim, foi elaborado por Benjamin Moraes Filho o anteprojeto de Código Penitenciário de 1970, que seguiu a estrutura do anteprojeto de Roberto Lyra com a mesma terminologia de Código de Execução Penal, se diferenciando, principalmente, no ponto de adequá-lo ao Código Penal de 1969 (BARBOSA, 1982).

Apesar das semelhanças, o último dos anteprojeto inovou no sentido de atribuir responsabilidades da Execução Penal também à autoridade administrativa, mas ainda deixando à autoridade judiciária a maior responsabilidade de supervisão (ROIG, 2005).

2.3 A atual Lei de Execução Penal

O anteprojeto da atual Lei de Execução Penal foi influenciado por vários anteprojeto penitenciários, como o de Cândido Mendes de 1933, o de Oscar Stevenson de 1957, o de Roberto Lyra de 1963, do de Benjamin Moraes de 1970, além das Leis 3.274 de 1957 e 6.416 de 1977. O anteprojeto de 1970 foi o que mais se aproximou às recomendações internacionais e as da ONU (ALBERGARIA, 1999).

O passo mais avançado foi dado pela Lei 6.416, que ainda não se desprendera da neutralidade político-criminal, defendida pela escola técnico-jurídica a partir de Arturo Rocco. Não se libertou dessa concepção nem mesmo o Código Penal de 1969, não obstante a evolução atingida em seu art. 37. Ajusta-se a mesma observação ao anteprojeto em 1981, um pouco distante da moderna política criminal, para a qual o problema penal é, principalmente, uma questão de política social. (ALBERGARIA, 1999, p. 16).

Em 1981 foi formada uma comissão para elaboração do anteprojeto da Lei de Execução Penal, composta pelo então presidente do Conselho Nacional de Política Penitenciária, Pio Soares Canedo, além de Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti,

Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Jr., Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio de Moraes Pitombo e Negi Calixto (MIRABETE, 2007).

Este projeto foi aberto a toda comunidade nacional através do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, para estudo, discussão e emendas, onde participaram representantes da Magistratura, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), dos órgãos de Execução Penal, das universidades e segmentos representativos da comunidade (ALBERGARIA, 1993).

O referido anteprojeto foi publicado pela Portaria Ministerial nº 429, de 22 de julho de 1981. Entretanto não foi uma única peça, pois o Prof. Benjamin Moraes Filho editou um texto, enquanto os outros integrantes da comissão elaboravam outro texto. Trabalhando distantes uns dos outros, de certa forma, ocorreram desentendimentos na comissão. Logo que apresentados os dois trabalhos, os Prof. Francisco de Assis Toledo e Prof. Miguel Reale Jr., elaboraram um terceiro texto nos termos da orientação do Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da violência, recomendada pelo então Ministro Abi-Ackel (BARBOSA, 1982).

No item 8 da Exposição de motivos se faz importante menção à autonomia do Direito Penitenciário:

O tema relativo à instituição de lei específica para regular a Execução Penal vinculase à autonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva. Tem-se usado a denominação Direito Penitenciário, à semelhança dos penalistas franceses, embora se restrinja essa expressão à problemática do cárcere. Outras, de sentido mais abrangente, foram propostas, como Direito Penal Executivo por Roberto Lyra ("As execuções penais do Brasil", Rio de Janeiro, 1963, pág. 13) e Direito Executivo Penal por Ítalo Luder ("El principio de legalidad en la ejecución de la pena", in Revista del Centro de Estudios Criminológicos, Mendoza, 1968, págs. 29 e seguintes). (BRASIL, [1983], grifos do autor).

Explica o Prof. Francisco de Assis Toledo, no item 39 da Exposição de Motivos:

No Relatório da CPI do Sistema Penitenciário acentuamos que "a ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculizada na quase totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua conseqüente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado"... "Tem, pois, esta singularidade o que entre nós se denomina sistema penitenciário: constitui-se de uma rede de prisões destinadas ao confinamento do recluso, caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de tratamento penal e penitenciárias entre as quais há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinquente. Singularidade, esta, vinculada por característica extremamente discriminatória: a minoria ínfima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena, tem cela

individual, trabalho e estudo, pratica esportes e tem recreação. A grande maioria, porém, vive confinada em celas, sem trabalho, sem estudos, sem qualquer assistência no sentido da ressocialização [...] (BRASIL, [1983], grifos do autor).

O texto nasce com uma perspectiva diferente, de ser um novo ramo do Direito, conforme exposto no item 12 de sua exposição de motivos:

O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal. (BRASIL, [1983], grifos do autor).

O texto representava expresse progresso em relação às demais normas penais da época. Obviamente foi forçado pela grave situação carcerária que o país passava naquele momento mas, principalmente, pelo movimento internacional da transformação que o direito penal passava. Não se justificava a reforma do sistema penal sem a vinculação com a planificação global que a política criminal estava sofrendo (ALBERGARIA, 1999).

O anteprojeto de Lei de Execução Penal é constituído de 10 títulos e 184 artigos, priorizando os seguintes tópicos / títulos: objeto e finalidade; órgãos da Execução Penal; execução da pena privativa de liberdade; execução da pena restritiva de direitos; disciplina; execução da pena patrimonial; execução da medida de segurança; incidentes da Execução Penal; procedimento judicial; e disposições finais e transitórias (BRASIL, [1983]).

Roig critica o referido diploma da seguinte forma:

Na verdade, a anunciada finalidade de proporcionar condições para a harmônica integração social esconde falaciosamente o real exercício do poder punitivo (*potestas puniendi*) típico do Estado de Polícia, caracterizado pelo paternalismo, arbitrariedade, seletivização, verticalismo, repressão e estigmatização. A ideia de harmônica integração social pressupõe a existência de uma sociedade homogênea, justa e não conflitiva (a cujos valores deve o condenado se integrar harmonicamente), quando na verdade a mesma é plural, seletiva e palco de conflitos entre ideologias, concepções morais e segmentos absolutamente díspares. (ROIG, 2019, p. 24-25)

O anteprojeto deu continuidade às inovações dadas pela Lei 6.416/77, atualmente revogada em parte. No que diz respeito à política penitenciária, em seus artigos 30 (observação científica), §1º, 2º, 4º e 5º (modalidades de tratamento penitenciário e fases de progressão de regime), §6º, incisos II, IV, V, VI e VII (semiliberdade), os artigos 57 e 60

inovam em medidas alternativas da prisão (regime livre), art. 77, §2º, também com inovações sobre a previsão de funcionários para investigação da periculosidade do condenado (ALBERGARIA, 1999).

O texto foi encaminhado ao então Ministro da Justiça em 1982, logo, em 29 de junho de 1983, o Presidente da República João Figueiredo encaminhou o projeto ao Congresso Nacional que, sem alterações importantes, o aprovou, criando a Lei de Execução Penal nº 7.210, promulgada em 11 de julho de 1984 (MIRABETE, 2007).

3 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OS FUNDAMENTOS DA PROGRESSÃO DE REGIME

Em linhas gerais, execução significa a colocação em prática ou a realização de uma decisão, plano ou programa pretérito (ROIG, 2019).

Conforme descreve a Lei de Execução Penal (LEP), o objetivo da Execução Penal é cumprir o disposto na sentença penal condenatória, com a finalidade de fazer com que o acusado seja responsabilizado pelos seus atos e ao mesmo tempo ressocializado para que possa voltar a viver em sociedade sem cometer novos delitos. Objetivo este que gera inúmeros debates acerca das finalidades da pena (BRASIL, [2019a]).

Portanto, a Execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal, ou seja, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (MARCÃO, 2012).

No que diz respeito às finalidades da pena, três teorias são apontadas pela doutrina, a teoria absoluta ou retributiva, a teoria preventiva e a teoria mista.

A teoria retributiva da pena tem origem no Estado absolutista, onde o soberano era visto como um abençoado por Deus ao receber o direito de julgar as pessoas pelo mal que estas cometiam. O poder conferido ao soberano, pela influência política e religiosa, era, muitas vezes, desproporcional, mas, a atuação deste era amparada pela vontade divina. Deus perdoava o mal cometido apenas depois do sacrifício da pessoa que cometeu o delito (BITENCOURT, 2008).

A pena começa a ter um caráter punitivo retribuído ao delincente que cometia algo injusto. Era um critério para compensar o mal cometido. Estas teorias mantêm o Estado como um garantidor da justiça social.

Assim, o mal cometido deve ser punido com o mesmo rigor, ou seja, para a aplicação da pena, o Estado deve levar em consideração o prejuízo causado a um membro da sociedade: olho por olho, dente por dente. A aplicação da pena, usando-se esta teoria, é atribuída apenas como decorrência de um fato previsto como crime, e não tem nenhuma preocupação educativa ou preventiva (BITENCOURT, 2008).

A teoria preventiva descreve que a pena se justifica para desencorajar futuras práticas delitivas, se dividindo em prevenção geral voltada para os membros da sociedade, e de prevenção especial para o condenado. Assim, a prevenção geral é para quem ainda não

cometeu nenhum delito, os desencorajando a cometê-los pela ameaça de execução da reprimenda (prevenção geral negativa), ou para efeito de fidelização destes às leis (prevenção geral positiva). A prevenção especial é voltada ao delinquente, e seria com a finalidade de prevenir a reincidência (ROIG, 2019).

As teorias preventivas das penas não visam retribuir o ato ilícito cometido, mas prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do ato se impõe, segundo a lógica das teorias retributivas, só pelo fato de ter praticado um ato ilícito, nas teorias preventiva, a pena é imposta para que não volte a ocorrer o ato definido como ilícito. A formulação mais antiga das teorias preventivas afirma que nenhuma pessoa responsável será castigada pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar. Para ambas as teorias a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos (BITENCOURT, 2008).

Já a teoria mista tenta agrupar em um conceito único os fins da pena. É uma corrente que procura apontar as características mais destacadas nas teorias retributivas e preventivas (BITENCOURT, 2008).

Conforme o item 13 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, são determinadas duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinadas a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social (BRASIL, [1983]).

Com isso, o projeto se aproxima das teorias retributivas e da prevenção especial positiva. Entretanto, Roig descreve a incompatibilidade de ambas quando tenta se alcançar uma pena “justa” e útil, tendo em vista que se a pena já atingiu o objetivo pedagógico de correção, não se justificaria que o apenado a cumprisse até o fim para ser retributiva ao mal cometido e vice-versa (ROIG, 2019).

Em relação à prevenção especial, Roig descreve que:

Por sua vez, a prevenção especial positiva não é resposta constitucionalmente admissível, considerando que as ideias de tratamento e ressocialização pressupõem em papel passivo do preso e ativo das instituições, sendo resíduos anacrônicos da velha criminologia positivista que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que devia ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e o condenado como “mau”. (ROIG, 2019, p. 23).

No que diz respeito à reintegração social do indivíduo, o Estado não propicia condições necessárias para tal. O cárcere no Brasil acomete o apenado socialmente, o afastando de seus familiares, o deixando com fama de “bandido”, gerando uma própria dessocialização. Sendo assim, não podemos falar de prevenção especial positiva nas atuais circunstâncias carcerárias.

Partindo deste ponto, o Estado tem, ou deveria ter, durante a Execução Penal, a responsabilidade de amenizar os efeitos maléficos do cárcere, além de dispor de meios necessários para que o preso não cometa outros delitos dentro ou fora do estabelecimento carcerário (ROIG, 2019).

Roig ainda acentua:

Estas são posturas pragmáticas, que se desapegam do infecundo debate sobre as finalidades da pena e de sua execução. Nesse sentido, não podemos deixar de constatar como certos teóricos do direito penal se perdem em extensas, às vezes quase intermináveis, divagações sobre o tema. Com a devida licença para o uso de uma metáfora, assim como as mitológicas sereias com sua sedução atraem marinheiros para a morte, a discussão sobre as finalidades da pena – igualmente sedutora – também atrai o jurista para um labirinto inexpugnável e fatal para o realístico e útil enfrentamento das questões mundanas da Execução Penal. (ROIG, 2019, p. 25-26).

Neste sentido, podemos afirmar que a Constituição Federal de 1988, mesmo com algumas regras criminalizadoras, não abarcou o conceito legitimador da pena, mas, pelo contrário, a Constituição estabelece conceitos e regras a conter o poder punitivo do Estado, não aceitando nenhum conceito que se projete alguma finalidade à execução da pena. Portanto, neste contexto, a Constituição de 1988 não recepcionou as finalidades de retribuição e prevenção especial positiva da pena. Por fim, entende-se racional a teoria negativa, sendo como uma coerção do Estado privando direitos (ROIG, 2019).

Atualmente, não se aceita mais a ilusão da possibilidade de, através do cárcere, poder castigar, neutralizar o indivíduo e ainda o ressocializar, exigindo novas maneiras de execução de penas, principalmente a pena privativa de liberdade. Neste contexto, necessária se faz a unificação de posturas como a humanização e a flexibilização da execução penitenciária, de forma que sejam garantidas medidas alternativas como as permissões de saída, o trabalho externo, os regimes abertos e a manutenção do vínculo familiar, afetivo e social do condenado (MIRABETE, 2007).

O sistema penal deixa a crença de que punir autores de condutas desviantes qualificadas como crime traz segurança, tranquilidade e proteção, que são objetivos sustentados pela sua enganosa publicidade. O fracasso advém de um sistema que promete

todos esses objetivos fantasiosos, mas que mesmo com o passar de séculos não demonstra esses resultados, pelo contrário, sustenta ter que aumentar seu rigor e o alcance de sua aplicação, tendo em vista o incontrolado aumento da criminalidade (KARAM, 2008).

O Direito Penitenciário surgiu da proteção dos direitos da pessoa humana do preso, baseada na exigência ética de se respeitar a dignidade do homem como pessoa moral. O preso, independente do grau de sua decadência, não perde o direito de sua dignidade, que é inerente ao ser humano, que constitui o supremo valor que deve inspirar o homem. Essa proteção aos direitos da pessoa humana ensejou a formação de novos ramos do direito, como o Direito do Trabalho, Direito do Menor, e o Direito Penitenciário (ALBERGARIA, 1993).

No Brasil, as instituições carcerárias constantemente burlam a finalidade do Estado de Direito, impondo prejuízos e danos que ultrapassam os limites impostos na sentença penal condenatória, contrariando a norma do artigo 3º da Lei de Execução Penal (MINAS GERAIS, 2012).

A configuração do sistema penitenciário atual representa um grande fracasso da justiça penal, tendo em vista que a prisão não diminui a taxa de criminalidade, mas, muito pelo contrário, tende a aumentá-las, provocando reincidências. A prisão não se sustenta mais também pelo tipo de existência que o preso é obrigado a levar, com trabalhos inúteis e sem nenhum caráter educativo, abuso de poder, corrupção e incapacidade de gerenciar o sistema, favorecimento de organizações criminosas, desestruturação familiar e falta de condições ao egresso para se inserir na sociedade, fazendo com que estes retornem à prisão (NÚÑEZ NOVO, 2018).

O conceito de criação de Estado de Direito ultrapassa o regramento e tutela individual e impõe o exercício dos atos dos poderes estatais *per leges* e *sub lege*, dois vieses paralelos, porém, diversos.

O primeiro deles, o exercício de poder *per leges*, determina que as condições para a prática dos atos de poder estatal devem estar reguladas por normas gerais, abstratas e preestabelecidas, as quais, conseqüentemente, procedimentalizarão o exercício de poder, que somente terá validade se observado o conjunto de formalidades positivadas. Em complementação, em igual importância para a segurança jurídica, está a determinação do exercício do poder *sub lege*, que propicia uma subordinação dos agentes públicos a normas superiores, representados uma total submissão do poder estatal, no sentido mais amplo e em todos os estratos de manifestação, ao direito. Impõe-se uma estrita observância das previsões normativas, na condição de limites estritos para o exercício de todos os atos emanados dos órgãos de poder estatal. (MINAS GERAIS, 2012, p. 20).

Portanto, o tratamento dado ao condenado deve lhe garantir o cumprimento de sua pena sem que perca sua dignidade ou qualquer outro direito, a não ser sua liberdade de

locomoção. Sendo assim, a preservação destes direitos em conformidade com as normas jurídicas e administrativas não quer dizer um abrandamento no cumprimento de pena, mas apenas uma observação dos preceitos legais.

Assim, o Estado deve tomar decisões legitimadas pelo Direito da Execução Penal, decisões que devem moderar a ação do poder punitivo-executório do Estado em prol dos princípios do Estado de Direito. Ou seja, os operadores do Direito Penal têm a função de organizar as decisões judiciais e conter o poder punitivo estatal, caso contrário, este livre poder punitivo extinguiria o Estado de Direito e a própria república (ROIG, 2019).

Roig defende a “teoria redutora de danos na Execução Penal”, que seria a existência de um dever jurídico constitucional com o objetivo de se reduzir o sofrimento e a vulnerabilidade das pessoas encarceradas, com sentença definitiva ou não. Esse dever deve partir dos operadores do direito, com foco na interpretação e aplicação da norma. É com a aplicação do poder jurídico que combatemos o poder punitivo. Essa visão redutora também sustenta que a Execução Penal se oferece como autêntico “governo de homens no tempo”, e que encarcerar seria subtrair um tempo existencial do prisioneiro. Ninguém é o mesmo após um tempo de encarceramento, o ócio prisional causa um sofrimento humano arrastando-se no tempo. Assim, a Execução Penal afirma que a pena não pode ser um meio para resolver problemas, porque ela mesma é um problema social que aumenta o dano causado pelo crime (ROIG, 2019).

3.1 Estado Democrático de Direito

Faz-se imprescindível a este estudo uma análise sobre o Estado Democrático de Direito, para entendermos melhor os princípios constitucionais.

O Estado Democrático de Direito veio com a Constituição Federal de 1988 para tentar tornar a sociedade brasileira o mais possível organizada, subordinando os cidadãos a esta Constituição e fazendo desta um meio para tentar alcançar a igualdade e a organização dentro da sociedade.

O cidadão deve ser autor e destinatário, ao mesmo tempo, em uma jurisdição. Isso é o que faz existir o Estado Democrático de Direito.

Este Estado Democrático de Direito é caracterizado pela democracia na qual o cidadão é o legítimo titular do poder, embora o exerça por representantes, é o que se pode ver a seguir nas palavras de Adilson de Oliveira Nascimento:

Aproximando-se de Foucault, considera Loewestein que a sociedade como um todo é um sistema de relações de poder cujo caráter pode ser político, social, econômico, religioso, moral ou cultural, sendo o poder uma relação sociopsicológica embasada no recíproco efeito entre os que o detém e exercem e seus destinatários. (NASCIMENTO, 2008, p.24-25).

Adilson de Oliveira Nascimento ainda conceitua que “o Estado Constitucional moderno não deve limitar-se a ser apenas um Estado de Direito, mas, Estado de Direito Democrático, compreendido como uma ordem de domínio legitimada pelo povo.” (NASCIMENTO, 2008, p.33).

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), a definição de um modelo de Estado Democrático de Direito deve estar conectada a dogmática do Direito Constitucional, na qual tem uma atribuição de competências públicas e privadas.

Assim confirma o autor:

A definição de um modelo de Estado Democrático de Direito depende sempre da perspectiva adotada. A ênfase pode ser dirigida tanto aos aspectos de uma definição prioritariamente ao nível de uma filosofia política, quanto, de outro lado, mais conectada à dogmática do Direito Constitucional, à configuração normativa da ordem estatal, no aspecto político, social, econômico e, enfim, as atribuições de poderes e competências públicas e privadas. (OLIVEIRA, 2011, p.31).

Portanto, a Constituição da República deve ser o referencial adequado e necessário para o controle de validade das normas, tendo em vista que o texto constitucional traz os direitos fundamentais, não só como meta das políticas sociais, mas como um critério de interpretação do Direito, em especial o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Penitenciário.

Assim, existe uma exigência de o processo não ser conduzido como uma simples aplicação da lei penal, mas que seja transformado em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

Apesar de ter tido várias alterações ao longo do tempo, com mudanças recentes de algumas leis, segundo Flaviane de Magalhães Barros (2009), é preciso uma adequação do processo para realmente se ter um modelo condizente com o Estado Democrático de Direito.

Assim explicita a autora:

[...] é preciso adequar as modificações processuais penais ao modelo constitucional de processo, ou seja, à base de princípios processuais que sustenta a noção e processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, próprias do paradigma do Estado Democrático de Direito. (BARROS, 2009, p.6).

“Toda análise de matéria penal ou processual penal há de sempre partir da afirmação dos direitos fundamentais do indivíduo, assim sempre partindo da afirmação da prevalência da tutela da liberdade sobre o poder punitivo.” (KARAM, 2008, p. 149).

O estado de direito é aquele que tem o poder de submeter todos seus habitantes à lei, mas apenas poucas pessoas detém esse poder.

Quem não concorda com o estado de direito alega que é uma dominação ideológica de uma classe social sobre a outra, e quem defende o estado de direito, alega que é uma realidade de dominação, mas, com alguns defeitos. O controle do poder punitivo, centralizado pelo direito penal, impulsiona o progresso do estado de direito. Toda sociedade que formaliza o poder de um estado, seleciona um reduzido número de pessoas que às submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção se chama criminalização (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

Para Oliveira, define-se um Estado Democrático de Direito dependendo da perspectiva adotada pelo próprio Estado.

A ênfase pode ser dirigida tanto aos aspectos de uma definição prioritariamente ao nível de uma filosofia política, não só em relação ao gerenciamento do Poder Público, mas como legitimação desse poder, em face da autonomia individual dos cidadãos, quanto, de outro lado, mais conectada à dogmática do Direito Constitucional, à configuração normativa da ordem estatal, no aspecto político, social, econômico e, enfim, da atribuição de poderes e competências públicas e privadas. (OLIVEIRA, 2011, p.33).

Brandão (2010) definiu o Estado Democrático de Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e, essencialmente, na base desta, a constituição.

Um Estado social e democrático de direito é um modelo de Estado que une o Estado Liberal e o Estado Social, superando-os. O Estado Liberal adota o Estado de Direito, o qual é aquele onde o Direito emanado pela vontade geral é quem governa, respondendo às exigências de defender a sociedade do Estado; enquanto isso, o Estado social é um intervencionista. Pela fórmula: Estado Social e Democrático de Direito, submete-se a intervenção do Estado aos limites formais e materiais do Estado de Direito. (BRANDÃO, 2010, p.54).

A definição de Estado Democrático de Direito deve reconhecer a prevalência dos direitos fundamentais não só como meta da política social, mas, também, como critério de interpretação do Direito, especialmente do Direito Penal e do Direito Processual Penal, e isso se torna necessário na medida em que a intervenção penal vem explicitamente admitida no texto constitucional (OLIVEIRA, 2011).

Portanto, define-se Estado Democrático de Direito tanto pela autonomia política em face dos cidadãos, como pela legitimação desta autonomia e também pelo respeito aos valores consagrados em uma constituição, regulamentando aspectos políticos, sociais e econômicos.

Com a chegada do Estado Democrático de Direito não se sustenta mais uma política penal repressiva. A moderna política criminal deve ser desenvolvida dentro de uma estrutura ética baseada no Estado Democrático de Direito e na dignidade da pessoa do preso, de forma que o ordenamento jurídico proteja os direitos fundamentais da pessoa humana. Essa política criminal se orienta em uma justiça penal inserida em uma justiça social, para que a readaptação social do preso seja em um contexto de respeito aos direitos humanos (ALBERGARIA, 1999).

Os princípios garantidores dos direitos fundamentais decorrem diretamente do reconhecimento da dignidade inerente a cada indivíduo, reconhecimento esse que constitui a base do modelo do Estado de direito democrático. Esse modelo se define pela permissão e pelo controle popular para que o estado possa exercer seu poder e exigir submissão à lei, principalmente daqueles que detém o poder. Dessa forma, a principal função do ordenamento jurídico é a criação de limites ao exercício do poder estatal (KARAM, 2008).

A dignidade inerente a cada indivíduo, implica no reconhecimento do respeito aos direitos individuais e controle do exercício do poder estatal, e traz em sua base a liberdade, a autodeterminação e a capacidade de escolha. Considera o indivíduo como um fim em si mesmo, proibindo sua utilização como instrumento de realização de quaisquer outros fins, estatais ou não. A dignidade confere ao indivíduo a liberdade de poder pensar e agir como bem entender, enquanto não afetar direta, imediata e concretamente direitos de terceiros (KARAM, 2008).

É de ver-se que na execução, já no momento inicial, antes de ser um árbitro imparcial de um conflito entre partes o(a) juiz(a) toma a iniciativa da execução, à semelhança do modelo inquisitório. Contudo, pensar na posição do(a) juiz(a) no processo de execução é também condicioná-lo a princípios para que seja (re)pensada em bases mais democráticas, simultaneamente com a convicção na eficácia dos procedimentos jurídicos para conter os abusos. (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p. 159).

3.2 Bases principiológicas

Abordamos agora um importante tema para o Direito Penitenciário, sem o qual não teria em seu ordenamento um espírito jurídico do Estado Democrático de Direito. Para prevalecer o “devido processo legal”, necessária se faz obediência a todos os princípios contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme descrito em seu artigo 5º, e o desrespeito a qualquer destes princípios tidos como fundamentais poderá prejudicar a liberdade do cidadão e gerar a nulidade de certos atos.

Convém esclarecer que, em matéria de teoria política, umas das principais preocupações é a criação de mecanismos aptos a defender o cidadão frente ao poder do Estado. Nesse aspecto, o Estado de Direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos Poderes Públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao estado absoluto, seja ele autocrático, seja democrático. Nem sequer por unanimidade pode o povo decidir – ou consentir que se decida – que um homem morra ou seja privado de sua liberdade e, por isso, não possa pensar, ou escrever, ou se associar a outros. (MINAS GERAIS, 2012, p. 19).

A aplicação das normas de Execução Penal deve ser efetivada de acordo com princípios contidos na Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e de Direitos Humanos. Esses princípios não são apenas informadores ou pragmáticos, mas possuem força normativa com a função de proteger direitos fundamentais das pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade (ROIG, 2019).

Neste sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 29, aduz:

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

(CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, [1992]).

No mesmo sentido, tem-se o art. 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos:

ARTIGO 5

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 reconhecidos 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. (BRASIL, 1992).

Princípio significa, em primeiro lugar, início de qualquer coisa. São as ideias fundamentais que servem como base para o arcabouço jurídico, mas que antes não eram positivados, pois vinham do Direito Natural, ou como um Direito Divino, como entendia São Tomás de Aquino (CARVALHO, 1998).

Os princípios fundamentais são a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que devem servir como base para a solução de conflitos sociais, individuais e coletivos. Já é irrecusavelmente intrínseca na cultura nacional a necessidade de se vincular a aplicação do Direito aos princípios tidos como fundamentais na ordenação constitucional (OLIVEIRA, 2011).

Para Bitencourt os princípios constitucionais são tidos como princípios reguladores do controle penal. Como aduz o autor:

Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são de garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988 (art. 5º). (BITENCOURT, 2008, p.10).

Portanto, todos os princípios incluídos, explícita ou implicitamente em nossa constituição em seu art. 5º, orientam o legislador ordinário para a efetivação dos direitos humanos, adotando assim um sistema de controle penal protetivo do cidadão.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre direitos fundamentais previstos e de aplicação imediata, nos incisos III (vedação de tortura, tratamento desumano ou degradante), XLV (pessoalidade da pena), XLVII (proibição de penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis) e XLIV (respeito à integridade física e moral).

Estes princípios constitucionais são instrumentos indispensáveis para a manutenção das normas e instituições jurídicas do Estado (BRASIL, [2020]).

Princípios garantidores da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da culpabilidade, da exigência de lesividade para reconhecimento da conduta proibida, do respeito à integridade física e moral do preso, da individualização da pena, da vedação de dupla punição pelo mesmo fato, do estado de inocência, da coisa julgada, do direito a não se auto incriminar, do contraditório e ampla defesa, do acesso à justiça e do devido processo legal são princípios que, em qualquer que seja a situação, são inafastáveis. Esses princípios positivam as normas das declarações universais de direitos e das constituições democráticas, superiorizando a tutela da liberdade em detrimento ao poder punitivo, assegurando a dignidade inerente a cada indivíduo, não admitindo qualquer exceção (KARAM, 2008).

Dentre os inúmeros princípios que norteiam o Direito Penal, destacamos aqui alguns deles que, não mais importantes que os outros, mas, com maior aplicabilidade no tema em questão.

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade no ordenamento jurídico nacional está previsto em nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXIX, e no art. 1º do Código Penal, definindo que não haverá crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal. Em relação à Execução Penal, este princípio encontra-se no art. 45 da LEP, de forma que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”, contendo assim a discricionariedade da Administração Penitenciária (ROIG, 2019, p. 43).

Este princípio também está estampado na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Artigo 11

[...]

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [1948]).

Nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos:

Regra 37

Os seguintes pontos devem ser determinados por lei ou por regulamentação emanada pela autoridade administrativa competente:

- (a) Conduta que constitua infração disciplinar;
- (b) O tipo e a duração das sanções disciplinares que podem ser aplicadas;
- (c) Autoridade competente para pronunciar essas 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, incluindo políticas de promulgação e os procedimentos que regulamentem o uso e a revisão da imposição e da saída 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 equidade e de processo legal; e nunca duas vezes pela mesma infração. (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, [2015]).

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU:

ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.” (BRASIL, 1992)

Na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, [1992]).

Finalmente, no Conjunto de Princípios da ONU para Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão, tem-se que: “A captura, detenção ou prisão só devem ser aplicadas em estrita conformidade com disposições legais e pelas autoridades competentes ou pessoas autorizadas para esse efeito.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [1988]).

O princípio da legalidade teve sua origem para a proteção da liberdade individual e da segurança jurídica. Este princípio abarca as seguintes garantias: a garantia criminal (nullum

crimen sine lege), a garantia penal (nulla poena sine lege), a garantia judicial e a garantia da execução. Esta última garantia infelizmente ainda é muito desrespeitada, observa-se um distanciamento marcante entre o texto legal e a prática. (ALBERGARIA, 1999).

Em virtude do princípio da legalidade inicia-se uma relação jurídica entre sentenciado e Estado, controlada pelo órgão judiciário. Esse controle judicial define o princípio da jurisdicionalidade, dando forma à natureza jurídica da Execução Penal, para a proteção da dignidade da pessoa humana (ALBERGARIA, 1999).

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repreensão do delito e a drástica intervenção nos direitos mais elementares (fundamentais da pessoa) contrariando o caráter de “*última ratio*” que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo (BITENCOURT, 2008).

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato existia uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2008, p.11).

A previsão legal das penas e das condutas definidas como crime, tem íntima relação com o princípio da legalidade que, como garantia penal, permite que todos os indivíduos conheçam a dimensão do desvalor dado pelo legislador às condutas criminalizadas e, assim estabelecendo limites à atuação do poder do Estado de punir (KARAM, 2008).

3.2.2 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena preceitua que as autoridades responsáveis pela Execução Penal devem ver o preso como um verdadeiro indivíduo, reconhecendo suas reais necessidades como sujeito de direitos, sendo tolerantes e capazes de levar em consideração a realidade social do preso (ROIG, 2019).

Está previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso XLVI:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, [2020]).

É justamente na execução da pena, cominada em abstrato pelo legislador e adequada pelo juiz à situação singular examinada no processo de conhecimento, que esta irá se ajustar à pessoa do condenado, respeitando a particularidade de cada um, determinando, ainda, a forma em que se desenvolve o cumprimento da mesma, tanto no início, quanto no decorrer do processo de execução constituindo, sem dúvida, meio fundamental de realização do princípio individualizador.

Sendo assim, significa impor uma pena a partir de uma responsabilização pessoal do autor do fato ilícito, ou seja, a partir da afirmação de sua culpabilidade. Este princípio é projetado no momento de sua imposição até todas as etapas progressivas que passarão durante a execução da pena, tendo sua essência situada no campo do concreto, considerando os fatos ocorridos (KARAM, 2008).

Portanto, o princípio constitucional de individualização da pena prescreve o dever jurídico-constitucional de minimização de danos como, por exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso, não em função do texto de lei, mas de acordo com a necessidade da individualização, em favor do condenado (ROIG, 2019).

3.2.3 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade do Direito Penal foi o maior obstáculo para a extinção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo do Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A prescrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeça a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade (BITENCOURT, 2008).

A busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito. O princípio da humanidade é pano de fundo de todos os demais princípios penais, e se afirma como obstáculo maior do recorrente anseio de redução de presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo. (ROIG, 2019, p. 33)

Este princípio está claramente previsto no Artigo 5 da Declaração Universal do Direitos do Homem: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [1948]). Também nas Regras Mínimas (Regra 43) das Nações Unidas para o Tratamento de Presos:

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:
 - (a) Confinamento solitário indefinido;
 - (b) Confinamento solitário prolongado;
 - (c) Detenção em cela escura ou constantemente iluminada;
 - (d) Castigos corporais ou redução da alimentação ou água potável do recluso;
 - (e) Castigos coletivos. (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, [2015]).

No Artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, [1992]).

Ainda consta no “Princípio I: Tratamento humano” dos Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Toda pessoa privada de liberdade que esteja sujeita à jurisdição de qualquer dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos será tratada humanamente, com irrestrito respeito à sua dignidade própria e aos seus direitos e garantias fundamentais e com estrito apego aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

E, não menos importante, temos também menção na Constituição Federal de 1988, vejamos:

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;

[...]

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]

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

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis; (BRASIL, [2020]).

Certo está que, cada vez mais, o legislador modifica ou cria novas normas sem se ater aos princípios aqui descritos, como é o caso da Lei 13.964, de 2019, no que diz respeito ao recrudescimento da progressão de regime, fazendo com que o condenado passe mais tempo nos estabelecimentos penais, prolongando seu sofrimento físico e psíquico.

Com isso podemos afirmar que, o princípio da humanidade é o centro de uma visão democrática moderna da Execução Penal para proteção do ser humano, em prol do Estado, no sentido de redução do sofrimento do indivíduo. Contudo, não só em relação ao princípio da humanidade, mas a todos aqui apontados, a política criminal atual deve ser baseada na redução de danos por meio de uma política humanizante, que não é o caso da nova legislação em questão, no que diz respeito à progressão de regime (ROIG, 2019).

3.3 Cumprimento da pena no Brasil

Muitos são os questionamentos no que diz respeito à validade da pena privativa de liberdade, seja em relação à teoria, aos princípios, aos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade. Mas pouco se questiona em relação à própria execução da pena privativa de liberdade, que é o momento final e problemático. Estes questionamentos também devem ser direcionados à forma em que a pena é executada atualmente e à infraestrutura dos estabelecimentos carcerários (BITENCOURT, 2017).

O reconhecimento dos direitos humanos é o fator essencial na intervenção judiciária na Execução Penal. Esse reconhecimento demorou anos e foi responsável pela demora da intervenção do juiz no domínio penitenciário. O preso era considerado simples objeto da Execução Penal, estando sujeito de modo absoluto ao poder público. Freudenthal foi o

primeiro a definir a relação de direito público entre o preso e o Estado (ALBERGARIA, 1999).

Somente no Século XX se intensificou uma visão unitária dos problemas da Execução Penal, de forma que as normas de direito penal, de direito processual penal, de atividade administrativa e jurisdicional, se adequaram profundamente às exigências modernas da Execução Penal (ALBERGARIA, 1993).

No Brasil, os sentenciados à pena privativa de liberdade estão sujeitos à perda dos direitos declarados na sentença penal condenatória, sendo um deles a perda da liberdade. Entretanto, perdem muito mais, e passam a vida lutando para conseguir aquilo que nenhuma decisão judicial lhes pode retirar: a dignidade.

A pena é nada mais, nada menos, do que a prova da incompetência do Estado em se buscar novas maneiras, mais humanitárias, de lidar com a criminalidade. Enquanto existir a pena, temos que lidar com ela na busca de meios para que a Execução Penal se torne o mais humana possível, com menos prejuízos ao apenado (ROIG, 2019).

A pena é uma das maneiras existentes da atuação do Estado em face dos “delinquentes”, controlando e regulando a conduta destes. A justificativa do Estado em se utilizar da pena é que se diz utilizá-la para proteção dos bens juridicamente tutelados, relacionando a pena com a culpabilidade do autor.

Evidente está que o Estado, como órgão punidor, se utiliza não só da pena privativa de liberdade, mas de muitas limitações à liberdade de locomoção, como é o caso da limitação de fim de semana, da proibição de frequentar determinados lugares, dentre outras. A mais grave dessas restrições se dá quando o Direito submete alguém a uma instituição totalmente restrita de liberdade, em cujo âmbito fechado se realiza a totalidade ou a parte mais importante da vida quotidiana, pernoite, alimentação, trabalho, estudo, recreação etc. (BRANDÃO, 2010).

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delincente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delincente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade, absoluta ou relativa, de se obter algum efeito positivo sobre o apenado. (BITENCOURT, 2008, p.447-448).

Inicialmente, a pena privativa de liberdade parecia a maneira mais eficaz de se prevenir o cometimento de delitos e ressocializar o indivíduo. A doutrina demonstra, porém, que a aplicação da pena privativa de liberdade é, hoje, um meio duvidoso no que diz respeito à recuperação do sujeito.

Na antiguidade, a privação de liberdade era considerada, de regra, apenas como pré-requisito do suplício físico ou da morte. Na baixa Idade Média, com o Direito Canônico, surgiu a origem remota da privação de liberdade como pena, restringindo-se a liberdade de locomoção. As penas canônicas foram, dentre outras, “a internação em mosteiros e a reclusão na cela, de onde tomaram origem as modernas penas de privação de liberdade”. Somadas a elas havia “as penitenciárias públicas, que constituíram atos de arrependimento e humilhação”. Todavia, a pena de privação de liberdade só foi introduzida como forma autônoma de punição a partir do século XVIII. (BRANDÃO, 2010, p.321-322).

As penas privativas de liberdade têm origens medievais, de forma que, se não evoluirmos no que diz respeito à privação de liberdade, podemos afirmar que estamos retrocedendo em relação às poucas mudanças que tivemos nos dias atuais.

É indispensável que se encontrem novas penas, compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas que, se na época não foram injustas, hoje o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do Século XVIII (BITENCOURT, 2008).

As penas elencadas no século passado, hoje não satisfazem mais. A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do Século XIX, enfrentou sua decadência antes mesmo que esse século terminasse. Devemos encontrar outros meios de punição que não sejam tão traumáticos. Privação de liberdade do indivíduo é claramente um retrocesso para a antiguidade.

A história do sistema penitenciário no Brasil revela que, desde o início, a prisão foi local de exclusão social e questão relegada a segundo plano pelas políticas públicas, importando, conseqüentemente, a falta de construção ou a edificação inadequada dos edifícios penitenciários, na maioria das vezes improvisados. (NÚÑEZ NOVO, 2018, p. 88).

Muitos autores têm denunciado constantemente a crueldade e a desumanização existente no ambiente carcerário. Essas deficiências não são pontuais de alguns países, mas existem tanto em países desenvolvidos, quanto nos menos desenvolvidos, ou seja, estes desvios morais não são privilégios apenas de países de terceiro mundo. E aqui estamos tratando de desvios tais como, maus-tratos verbais, superlotação, falta de higiene, más condições de trabalho, deficiência nos serviços médicos, regime alimentar deficiente, elevado

índice de consumo de drogas, abusos sexuais, ambiente propício à violência, dentre outros (BITENCOURT, 2017).

Presos são submetidos a pequenos espaços, dormindo no chão ou, até mesmo, em pé, castigados física, moral e psicologicamente, expostos a drogas, doenças incuráveis e infecciosas, em uma realidade já concretizada no sistema carcerário brasileiro, demonstrando a brutalidade e a crueldade que o homem é capaz de tratar seus iguais (MINAS GERAIS, 2012).

A Corte Europeia de Direitos Humanos, orientada pelo Comitê para a Prevenção da Tortura e das Penas Desumanas ou Degradantes da Europa, estabelece como norma que o desejável seria um espaço de 7m² por pessoa, sendo com uma distância de 2 metros entre as paredes, e de 2,50 metros entre o chão e o teto, mas, estabelecem também, um parâmetro mínimo de 3m². Espaço inferior a isso seria considerado tratamento desumano e degradante (ROIG, 2019).

O art. 179, inciso XXI da Constituição de 1824 estabelecia que, as cadeias deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo separação dos réus conforme a natureza de seus crimes (BRASIL, [1841]).

O Código Criminal de 1830 determinava que a pena de prisão era acompanhada pelo trabalho, implicando a construção de Casas de Correção com celas individuais e oficinas de trabalho. Entretanto, o local de recolhimento dos presos tinham condições deprimentes, assim como os locais onde se recolhiam os escravos, os menores e os loucos. Já o Código Penal de 1890 inovou, com as penas de prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspeição com perda de emprego público e multa. Aboliu as penas perpétuas e coletivas. No entanto, com o aumento considerável da população carcerária, a prisão individual não se sustentou (NÚÑEZ NOVO, 2018).

A Lei de Execução Penal, de 1984, baseando justamente na dignidade da pessoa humana, regulamenta em seu art. 85 que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, além de determinar em seu artigo 88 que o condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, e com área mínima de 6m², bem compatível com as orientações da Corte Europeia de Direitos Humanos (BRASIL, [2019a]).

A humanização da execução da pena é o pressuposto da ressocialização, ou seja, reintegração social, que consiste na exclusão das condições desumanas do cárcere, no contato contínuo do preso com a sociedade e sua família, capacitação dos servidores da penitenciária,

e capacitação do preso, mediante educação e trabalho. A população prisional, em sua maioria, vem de classes marginalizadas, que não tiveram oportunidade de uma boa educação ou aprendizado profissional, e com dificuldades socioeconômicas (ALBERGARIA, 1999).

Aplica-se em nosso país o sistema progressivo, que é determinado pela possibilidade de transferências entre regimes mais rigorosos para menos rigorosos, conforme determina o art. 112 da LEP.

As fases de progressão de regime da Execução Penal tem o objetivo de reeducação do condenado até que o mesmo seja colocado em liberdade. As diferentes fases dos regimes de penas correspondem às mobilidades do tratamento sociológico. Sendo assim, estas fases de progressão de regime de pena preparam o preso para retorno ao convívio com a sociedade, condicionalmente ou definitivo, dando ênfase na formação profissional e educação social. O destaque dessa preparação recai do regime de semiliberdade, possibilitando a realização de cursos, trabalhos externos e atividades inerentes ao retorno à sociedade (ALBERGARIA, 1999).

A progressão de regime é uma importante etapa na execução da pena privativa de liberdade, que se consiste principalmente na substituição, após cumprido determinado tempo, da privação de liberdade por outras medidas de controle restritivas da liberdade, que implicam no retorno do preso ao convívio social progressivamente, até que se torne totalmente externo à prisão, com o objetivo de se ter o benefício “ressocializador” (KARAM, 2008).

Os regimes de cumprimento da pena são determinados, fundamentadamente, pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo. A progressão do regime de cumprimento de pena modula a intensidade da redução da liberdade (BITENCOURT, 2008).

Incumbe ao juiz, por ocasião da sentença condenatória, estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade eventualmente aplicada.

O regime fechado será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto será executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, finalmente, o regime aberto será cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado.

Com efeito, conforme dispõe o artigo 33 do Código Penal, o condenado à pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

O critério mais importante, mas não único, para a determinação do cumprimento de pena é a avaliação quantitativa da pena do condenado. Quanto maior a pena, mais rigoroso será o regime inicial de cumprimento da pena, evidentemente pela reprovação social da conduta que ensejou a condenação.

Bitencourt detalha os regimes de cumprimento de pena da seguinte maneira:

a) Regime fechado:

No regime fechado o condenado cumpre a pena em penitenciária e estará obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena. Nesse regime o condenado fica sujeito ao isolamento durante o repouso noturno. [...] Quem cumpre pena em regime fechado não tem direito de frequentar cursos, quer de instrução, quer profissionalizantes. E o trabalho externo só é possível em obras ou serviços públicos, desde que o condenado tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena. [...] (BITENCOURT, 2008, p.451).

O regime fechado deverá ser cumprido em penitenciária, diferente do regime semiaberto e do regime aberto, que serão cumpridas em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e em casa de albergado ou em estabelecimento adequado, respectivamente.

O condenado, durante o cumprimento de pena em regime fechado, será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ser observados como requisitos básicos de cada unidade celular a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico à existência humana, além de área mínima de seis metros quadrados (BRASIL, [2019a]).

É público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. (MARCÃO, 2012, p.136).

b) Regime semiaberto:

No regime semiaberto não há previsão para o isolamento durante o repouso noturno. Nesse regime, o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Aqui no regime semiaberto o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado. [...] (BITENCOURT, 2008, p.451).

O regime semiaberto será cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, de forma a minimizar os efeitos nocivos do encarceramento em penitenciárias. No regime semiaberto o condenado tem uma parcela de sua liberdade e dignidade preservada.

Serão recolhidos em estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena na modalidade semiaberta os condenados oriundos do regime fechado, por progressão, cumprindo assim uma função de transição, bem como aqueles a quem se impôs, desde o início, o cumprimento de pena privativa de liberdade a ser resgatada no regime semiaberto. Acrescente-se por fim que, também irão cumprir pena no regime semiaberto, os condenados que, estando no regime aberto, obtiverem regressão. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo.

c) Regime aberto:

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado. O condenado só permanecerá recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga. O condenado deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade fora do estabelecimento e sem vigilância. [...] O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil. [...] (BITENCOURT, 2008, p.452).

O regime aberto deverá ser cumprido em casa de albergado, que tem o intuito de minimizar ainda mais os efeitos do encarceramento e priorizar a reintegração do condenado à sociedade.

Marcão cita decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) com o seguinte teor:

[...] A casa de albergado imprime ideia de local sem as características de cárcere, próprio para o cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto. Não se confunde com o edifício, a construção física. Fundamental é o ambiente a que fica submetido o condenado. [...] (MARCÃO, 2012, p.141).

Portanto, fazendo uma análise dos tipos de estabelecimentos exigidos para o cumprimento de pena, chega-se à conclusão de que estes são decrescentes em nível de nocividade ao campo psíquico do condenado.

A forma progressiva da execução da pena privativa de liberdade é – segundo o art. 33, §2º do Código Penal, e art. 6º e 112 parágrafo único da Lei de Execução Penal – seguido do regime fechado para o semiaberto e, depois, para o aberto.

Até a alteração dada pela Lei 10.792 de 2003, entendia-se que a progressão de regime tinha natureza jurídica de direito público subjetivo do condenado, o mérito do condenado era

estabelecido como critério indicativo para a progressão de regime. Dessa forma, existiam muitas críticas por se depender de discricionariedades subjetivas e, sendo assim, se defendiam a fixação de critérios objetivos. Apesar das críticas, ainda seguimos a determinação de critérios objetivos e subjetivos para a concessão da progressão de regime (MENDES; LUCCHESI, 2020).

É notório que o maior problema enfrentado no sistema penitenciário do Brasil é a superlotação. São tomadas atitudes constantemente para denunciar esta calamidade, entretanto, seja por interesse político, ou por ideias retribucionistas, as autoridades ainda não aparentam se preocupar com este problema. Estas discussões foram amplamente impostas no Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas Desumanas ou Degradantes (CPT) e, também, na Corte Europeia de Direitos Humanos, de forma que a Itália, em 2013, foi condenada em razão da superlotação penitenciária, por manter presos em celas pequenas, falta de água quente, iluminação e ventilação inadequada. Este julgado teve referência aos princípios jurisprudenciais a respeito da compatibilidade entre as condições de detenção e o respeito dos Direitos Humanos (ROIG, 2019).

O aumento vertiginoso do déficit de vagas causado pelo crescimento da população carcerária, juntamente com o descaso do Estado para a criação de novas vagas, tem demonstrado claramente que a construção de novos presídios não pode ser a prioridade das políticas penitenciárias. Ressalta-se que com o aumento da população carcerária, a qualidade dos serviços prestados diminui proporcionalmente (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Diversos autores já sustentam a ineficácia da pena privativa de liberdade com os seguintes argumentos:

- a) tendo em vista que o ambiente carcerário é o oposto do ambiente livre, se torna ineficaz a tentativa reabilitadora. *“Não se pode ignorar a dificuldade de se fazer sociais aos que, de forma simplista, chamados de antissociais, se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo os associa a outros antissociais”* (BITENCOURT, 2017, p. 176, grifo nosso);
- b) as condições materiais e humanas das prisões distanciam cada vez mais a condição reabilitadora. Não é uma discussão que diz respeito à origem da prisão, mas sim das condições reais de desenvolvimento da execução da pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2017).

A sua expansão progressivamente a desnaturou, porque a pena não é mais a sua razão de ser exclusiva, mas tornou-se um meio para um fim que a ultrapassa. O direito penal e, com isso, a pena, são chamados a desenvolver funções que não são mais limitadas ao campo da política criminal em sentido próprio, porque frequentemente dizem respeito à política social em sentido amplo: este fato é particularmente evidente no campo do direito executivo penal e do direito penitenciário em geral (RAMACCI, 2008).

A Corte Europeia de Direitos Humanos considera que a grave superlotação é motivo suficiente para considerar agressão ao princípio de que ninguém pode ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos) (ROIG, 2019).

A vedação à tortura, tratamento desumano ou degradante é tão importante e discutido em todo mundo, que está normatizado em vários diplomas legais, e o direito penitenciário deve ser aplicado sob a égide do princípio da hierarquia vertical de soberania de normas, de forma que não podemos ignorar os Direitos Humanos do preso, expresso em diversas normas nacionais e internacionais recepcionados pelo Brasil. Podemos aqui citar os principais, como a Lei de Execução Penal, que em seu artigo 40 traz: “[...] Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.” (BRASIL, [2019a]). Temos a Constituição Federal de 1988, que dispõe:

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;

[...]

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

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

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (BRASIL, [2020]).

Já nas Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil, através da Resolução 14/94, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça, pode-se observar:

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

[...]

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, [1994]).

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, através do Pacto de San José da Costa Rica consta:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, [1992]).

Também no documento Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aprovados pela Resolução 1/2008, encontra-se menção:

Princípio XVII Medidas contra a superlotação

A autoridade competente definirá o número de vagas disponíveis em cada local de privação de liberdade conforme as normas vigentes em matéria habitacional. Essa informação, bem como a taxa de ocupação real de cada estabelecimento ou centro, deverá ser pública, acessível e regularmente atualizada. A lei disporá os procedimentos mediante os quais as pessoas privadas de liberdade, seus advogados ou as organizações não-governamentais poderão impugnar os dados acerca do número de vagas de um estabelecimento ou sua taxa de ocupação, individual ou coletivamente. Nos procedimentos de impugnação deverá ser permitido o trabalho de peritos independentes.

A ocupação do estabelecimento acima do número estabelecido de vagas será proibida por lei. Quando desse fato decorra a violação de direitos humanos, deverá ela ser considerada pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante. A lei deverá estabelecer os mecanismos para remediar de maneira imediata qualquer situação de alojamento acima do número de vagas estabelecido. Os juízes competentes deverão adotar medidas corretivas adequadas na ausência de regulamentação legal efetiva.

Constatado o alojamento de pessoas acima do número de vagas estabelecido num estabelecimento, os Estados deverão investigar as razões que motivaram tal situação e determinar as respectivas responsabilidades individuais dos funcionários que tenham autorizado essas medidas. Deverão, ademais, adotar medidas para que a situação não se repita. Em ambos os casos, a lei disporá os procedimentos mediante os quais as pessoas privadas de liberdade, seus advogados ou as organizações não-governamentais poderão participar dos procedimentos correspondentes.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

Enquanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Organizações das Nações Unidas defende:

ARTIGO 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas
[...]

ARTIGO 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. (BRASIL, 1992).

Por fim, apresentamos a Declaração Universal de Direitos Humanos:

Artigo 5

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

[...]

Artigo 9

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [1948]).

Diante de todos os textos expostos acima, não é difícil concluir que vários cárceres brasileiros estão em flagrante desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o tratamento desumano ou degradante que se impõe ao condenado.

No que diz respeito à aplicação dos tratados internacionais, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ONU – 1969), normatiza em seus artigos 26 e 27, respectivamente, que: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.” e “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (BRASIL, 2009).

Também o próprio Pacto de San José da Costa Rica, já citado acima, determina que nenhum dispositivo da presente Convenção poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, excluir ou limitar exercício de direitos e da liberdade (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, [1992]).

Outro diploma legal sobre a aplicação dos tratados internacionais é o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão – 1988. Em seu princípio 3 que estabelece:

No caso de sujeição de uma pessoa a qualquer forma de detenção ou prisão, nenhuma restrição ou derrogação pode ser admitida aos direitos do homem reconhecidos ou em vigor num Estado ao abrigo de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Conjunto de Princípios não reconhece

esses direitos ou os reconhece em menor grau. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [1988]).

Por fim, a própria Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 2º e 3º do artigo 5º, respectivamente, aborda:

[...] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” e “[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, [2020]).

Portanto, não há argumento no que diz respeito a não aplicação de normas e tratados internacionais, ou de edição de normas que excluam direitos dos condenados, principalmente no atual quadro penitenciário brasileiro, como veremos a seguir.

O sistema penitenciário, tal como ele existe na sociedade capitalista, principalmente aqui no Brasil, é extremamente cruel, não só porque confina fisicamente o homem, sem que esse homem possa compreender o problema da liberdade, senão em relação à sua locomoção física, mas ele destrói a subjetividade do homem, no sentido de não lhe oferecer nenhuma possibilidade de racionalização da situação em que se encontra. (NÚÑEZ NOVO, 2018, p. 62).

A população carcerária no Brasil em setembro de 2019 era de 752.277 pessoas, de acordo com a pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Foi realizado levantamento no banco de dados que contém informações de todas as unidades prisionais brasileiras, incluindo dados de infraestrutura, seções internas, recursos humanos, capacidade, gestão, assistências, população prisional, perfil das pessoas presas, entre outros. Os dados utilizados na pesquisa foram o número de pessoas presas, estabelecimento prisional, sistema prisional, vagas, gestão, infraestrutura, assistência laboral, assistência educacional, saúde, escolaridade, raça, estado civil, tipo penal, tempo de pena, visitas e documentação.

A pesquisa, realizada entre junho de 2019 até setembro de 2019, de abrangência nacional, teve como objetivo realizar um diagnóstico da realidade prisional brasileira. A metodologia usada foi a coleta de informações conduzida através de formulário on-line preenchido pelos responsáveis de cada unidade prisional, de acordo com as orientações do DEPEN. Os dados foram validados e/ou retificados pelos gestores estaduais, após análise de consistência das informações pelo DEPEN (BRASIL, 2019b).

De acordo com o levantamento em questão, atualmente Minas Gerais possui 232 estabelecimentos de cumprimento de pena privativa de liberdade, sendo eles provisórios ou definitivos, incluindo presídios, penitenciárias, complexos públicos privados, complexos de remanejamento do sistema prisional, centros de referência a gestante, centros de apoio médico e pericial, casas de albergado e Associação de Assistência aos Condenados (APAC). Destes estabelecimentos, 170 estão em estado de superlotação, ou seja, 73% (setenta e três por cento) dos estabelecimentos de cumprimento de pena privativa de liberdade de Minas Gerais estão acima de sua capacidade máxima de população carcerária (BRASIL, 2019b).

Para ilustrar um pouco a gravidade do estado de superlotação dos estabelecimentos de cumprimento de pena privativa de liberdade no estado de Minas Gerais seguem, representados no Quadro 1, os presídios mais importantes em relação à população carcerária de Minas Gerais. Conforme demonstrado no Quadro 1, a superlotação no Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (CERESP) de Contagem, em Minas Gerais, estava em setembro de 2019, 456,31% (quatrocentos e cinquenta e seis vírgula trinta e um por cento) acima de sua capacidade máxima de população carcerária, seguido pelo CERESP da Gameleira, em Belo Horizonte, com 266,50% (duzentos e sessenta e seis vírgula cinquenta por cento) acima de sua capacidade de acomodação de presos, dentre outros inúmeros estabelecimentos, não só no estado de Minas Gerais, mas em todo Brasil. O que demonstra o flagrante desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana por um claro tratamento desumano e degradante.

Tendo em vista que, conforme levantamento do INFOPEN, o quadro de superlotação nos estabelecimentos de cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil se arrasta por anos, podemos entender que sua natureza é estrutural, sistêmica e crônica, que se caracteriza principalmente por um mau funcionamento do sistema prisional.

A principal causa das superlotações nos estabelecimentos prisionais no Brasil é a edição de leis criminalizadoras, como é o caso da Lei antidrogas, o que determinou inúmeras prisões provisórias, o excessivo uso do regime fechado, mesmo com outras penas alternativas. (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Quadro 1 - A superlotação carcerária em Minas Gerais

Nome do estabelecimento	Cidade	Capacidade de presos	Presos sem condenação	Condenados regime fechado	Condenados regime semiaberto	Condenados regime aberto	População total de presos	Superlotação em %
CERESP	Contagem	190	980	32	40	5	1057	456,31%
CERESP	BH-Gameleira	412	987	500	15	8	1510	266,50%
CERESP	Juiz de Fora	332	673	343	18	2	1036	212,04%
CERESP	Betim	404	1155	41	12	4	1213	200,24%
Penitenciária Dênio Moreira de Carvalho	Ipaba	504	420	851	157	4	1432	184,12%
Presídio Prof. Jacy de Assis	Uberlândia	952	1122	1007	146	0	2279	139,39%
Penitenciária de Três Corações	Três Corações	537	636	445	160	4	1245	131,84%
Presídio de São J. de Bicas II	São J. de Bicas	754	773	844	65	1	1683	123,20%
Penitenciária José Maria Alkimin	Ribeirão das Neves	1158	988	223	1255	26	2492	115,19%
Presídio de São J. de Bicas I	São J. de Bicas	820	733	905	53	5	1696	106,82%
Presídio Dutra Ladeira	Ribeirão das Neves	1163	847	1296	237	1	2381	104,72%
Penitenciária Francisco F. de Paula	Governador Valadares	710	234	843	231	0	1308	84,22%
Presídio Reg. de Montes Claros	Montes Claros	810	979	456	5	0	1440	77,77%
Complexo Penitenciário Nelson Hungria	Contagem	1664	640	1554	0	0	2194	31,85%

Fonte: Elaborado pelo autor com dados da INFOPEN, junho de 2019 (BRASIL, 2019b)

Tão grave quanto o quadro de superlotação no Brasil é a solução apresentada pela penologia tecnocrática e entrojada pela classe política e opinião pública: a abertura de vagas. A superlotação é, com acerto, “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. (ROIG, 2019, p. 592).

Os protestos produzidos pela população carcerária são, em sua maioria, causados pela cobrança de melhores condições estrutural e regimental como, por exemplo:

- a) Falta de orçamento. Como é sabido, o governo nunca coloca como prioridade gastos relacionados à reestruturação penitenciária.

- b) Falta de capacitação técnica. É evidente a péssima condição de trabalho além de terem uma carreira desorganizada gerando uma mau relacionamento com os internos.
- c) No interior dos estabelecimentos predominam o ócio, não existindo uma evidente possibilidade de ressocialização do preso. Assim, a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a falta ou deficiente estrutura, falta de capacitação técnica dos servidores, falta de orçamento, todos estes fatores colaboram para que a prisão seja um castigo desumano (BITENCOURT, 2017).

Diversos são os problemas enfrentados pelas penitenciárias brasileiras além das superlotações. Podemos citar, ainda, o envolvimento de presos em organizações criminosas, rebeliões com resultados lastimáveis de presos que são mortos por seus próprios companheiros, resgates e fugas audaciosas (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Não só motins penitenciários, mas também os ataques ordenados de dentro das penitenciárias para causar danos à comunidade, são a prova mais evidente da crise que a pena privativa de liberdade enfrenta.

O ano de 2017 foi marcado pela morte de mais de 100 detentos nos estabelecimentos prisionais de todo Brasil, chamando a atenção para a guerra das organizações criminosas dentro dos presídios brasileiros. No dia 1º de janeiro ocorreram 60 mortes em Manaus durante uma rebelião que durou 17 horas, na mesma semana 33 presos foram mortos em Roraima, no dia 14 morreram 26 presos no estado do Rio Grande do Norte em uma outra rebelião. Logo, no dia 24 de janeiro, 200 presos fugiram de um estabelecimento penal em São Paulo. Esse fracasso do sistema penitenciário brasileiro está relacionado a vários fatores, não se resume apenas ao aumento da criminalidade (NÚÑEZ NOVO, 2018).

A tendência dominante em uma sociedade democrática consiste na preferência das medidas alternativas, com a efetiva participação da sociedade. Consagrado está que a responsabilidade imposta ao condenado deve ser estendida à sociedade, tendo em vista que a política social, baseada na responsabilidade e solidariedade da comunidade, é a única que contém uma civilização a serviço do homem (ALBERGARIA, 1999).

3.4 Efeitos físicos e psicológicos do encarceramento

O art. 14 da Lei de Execução Penal prevê a assistência médica ao condenado, de forma que prescreve que a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo ou curativo, compreenderá o atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Para garantir a boa saúde do condenado, é necessário que o estabelecimento penal disponha de pessoal médico para monitorar a saúde dos que chegam ao estabelecimento penal, e dos que já estão no mesmo, quando reportada alguma doença. O serviço médico não pode compreender apenas de clínico geral, mas também de psiquiatras, oftalmologistas, cardiologistas, otorrinolaringologistas e dentistas. O estado psíquico do condenado pode ser alterado indiretamente por doenças, por cirurgias, pela greve de fome, ou por um atentado à sua integridade física (ROSA, 1995).

As deficiências da prisão, que dão origem à sua crise, podem estar relacionadas a vários aspectos, como perturbações psicológicas, os problemas sexuais causados pela subcultura da população carcerária e, em geral, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado. O quadro de superlotação penitenciária, como um meio de violência carcerária, pode influenciar em diversos fatores comportamentais do preso, como a adição de posições ideológicas radicais, os convencendo de que a delinquência é consequência da exclusão social, tornando o ambiente carcerário mais conflitivo (BITENCOURT, 2017).

O Comitê Europeu para a Prevenção de Tortura e dos Tratamentos Desumanos e Degradantes aponta que

todos os serviços e atividades em um cárcere são influenciados negativamente se o mesmo é encarregado de um número de presos maior do que aquele para o qual o estabelecimento foi projetado. A qualidade geral de vida em um estabelecimento se reduz de maneira significativa. Além disso, o nível de superlotação em um cárcere poderia ser de tal que faria deste desumano ou degradante do ponto de vista físico. (ROIG, 2019, p. 581).

Fator muito importante em relação à eficácia ou falência da prisão é o fator criminógeno, tendo em vista que a prisão, em vez de cumprir com seu suposto papel de conter a criminalidade, possibilita ao preso vícios e oportunidades para o cometimento de outros delitos.

Nos modelos de prisões que temos em nosso país, existem condições subumanas que garantem graves efeitos sobre a saúde do preso. Somando-se às más condições de alimentação, de acomodação, de higiene, de circulação de ar e umidade, geram grandes riscos de deterioração de saúde, propiciando o desenvolvimento de tuberculose, doença predominante no ambiente carcerário. A própria natureza da prisão ajuda a desenvolver um ambiente onde se dissimula e se mente, gerando um costume no condenado que ao desenvolver muito bem essas características, começa a usar estas artimanhas para cometer novos delitos como, por exemplo, estelionato. Outro fator relevante é a exclusão do preso ao

meio social, o que irá dificultar ainda mais sua reinserção social, podendo incorporá-lo de vez ao meio criminoso, principalmente em penas superiores a dois anos (BITENCOURT, 2017).

Uma importante maneira possível de se evitar estes e outros danos causados pela prisão, seria a reforma das prisões para ambientes salubres, com maior espaço físico, menor número de pessoas no mesmo ambiente, onde o recluso consiga desenvolver um trabalho, um estudo, uma atividade física, etc.

Um fator muito considerado para reforçar o fracasso da prisão é o índice de reincidência de egressos da instituição carcerária que, presume-se, terem se ressocializado. Índices de reincidência em diversos países demonstram claramente estes acontecimentos, como nos Estados Unidos, que chega a 80%, na Espanha a 70%, na Costa Rica a 48%. Os países da América Latina não apresentam dados confiáveis sobre a reincidência de egressos do sistema carcerário, mas, mesmo sem dados ou com dados não confiáveis, o fato é que a delinquência vem aumentando em toda América Latina, e que essa prisão tradicional atual não ressocializa o preso, mas serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. Atualmente não existem estudos capazes de desvendar os motivos da reincidência, pois não pode ser considerado apenas o fracasso da prisão, mas também fatores sociais e pessoais (BITENCOURT, 2017).

É extremamente possível que, após a prisão, pela própria característica do ambiente prisional, seja desencadeada alguma doença, entre elas um possível trauma psicológico causado pelo primeiro contato com a cela, podendo desenvolver alguma doença latente ou mesmo provocar perturbações psicológicas que podem se transformar em doença mental. É comum o relato da psicose carcerária, conhecida como uma síndrome provocada pelo próprio ambiente carcerário, que resulta em uma interação de sentimentos psicológicos negativos, como a vingança, o rancor, tristeza, desconfiança, aflição, medo, deficiência alimentar, afetiva, sexual, de trabalho, de higiene, etc. (MIRABETE, 2007).

No início do Século XIX começaram estudos em relação aos efeitos psicológicos da prisão. Entretanto, as primeiras observações foram de ordem literária e popular. Em 1837, a partir da implantação da prisão celular, médicos e escritores já observavam numerosas psicoses. No início houve até exageros em relação a influência do regime celular na loucura, até pelo pouco conhecimento em psiquiatria que se tinha na época, mas, eram certos os efeitos psicóticos nos cárceres. Em 1870, Reich definiu o que era e o que não era psicose da prisão, determinando, assim, as pseudo-psicoses da prisão, que eram os transtornos que não tinham relação direta com a prisão. Outro estudioso da época, Ganser, classificou a psicose da prisão

como um estado crepuscular histérico de índole peculiar (falta de consciência, insensibilidade corporal, aparente simulação, etc.) (BITENCOURT, 2017).

Partindo do pressuposto que existe uma psicose carcerária específica, que é o entendimento minoritário atualmente, East e Uribe criaram uma tipologia sobre os diferentes tipos de psicose carcerária, que são: afetivas, psicomotrizes e intelectuais. Por exemplo, reações histeróides ou “puerilismo histérico”, psicose situacional que origina delírios imensos, e estados de pânico, que surgem com inusitada frequência no recluso. Após anos de estudos, chegaram a um conceito de que não existe um quadro específico de psicose carcerária, mas apenas quadros clínicos com contribuições desencadeadas na prisão. Não se pode falar em uma psicologia da prisão propriamente dita, mas também não se podiam ignorar os efeitos causados pelo encarceramento. O ambiente carcerário altera o funcionamento dos reguladores responsáveis pelo desenvolvimento da psique (BITENCOURT, 2017).

Sendo assim, trata-se de desenvolvimento vivencial, afastando-se, portanto, a palavra psicose. Atualmente se fala em reações carcerárias. Entre os presos provisórios percebe-se principalmente um quadro clínico chamado de “furor dos encarcerados” ou “reação explosiva à prisão”, ocorrendo logo que o preso entra no cárcere, se caracterizando por um quadro de agitação que pode prolongar-se durante horas, podendo ocorrer autoagressões. Outra reação carcerária de presos provisórios é o estado crepuscular de Ganser, que é uma inconsciente simulação de uma enfermidade mental, que pode durar dias ou semanas. Esta reação é também chamada de “síndrome da farsa” (BITENCOURT, 2017).

Presos condenados a longas penas privativas de liberdade normalmente apresentam o chamado “complexo da prisão”, que se caracteriza por um quadro depressivo de indiferença, inibição, desinteresse, perda de memória ou incapacidade para usá-la, perda de apetite, bem como uma ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio, que é relativamente comum nesta população, contradizendo mais uma vez o efeito reabilitador da prisão. Presos a longas penas também costumam apresentar um comportamento regressivo, adotando uma postura infantil (BITENCOURT, 2017).

Descrevendo estas patologias pode-se imaginar que elas eram comuns no regime celular, entretanto, são também muito comuns na prisão contemporânea. Se devem, principalmente, devido a falta de relações humanas, insuficiência ou ausência de trabalho, o tratamento frio e impessoal dos servidores da penitenciária, tudo isso contribui para que a prisão seja um meio de isolamento crônico e odioso. A prisão altera profundamente o estado emocional do recluso, podendo ser em maior ou menor grau, dependendo da pessoa, mas acomete todos que entram na prisão, ou seja, são inevitáveis (BITENCOURT, 2017).

E indiscutível a alteração do conceito que o encarcerado tem de si mesmo, sem ignorar que grande parte dos presos já chega à prisão com crise de identidade e deformação de sua personalidade. Se a prisão produz todos estes efeitos negativos é ilógico discutir a reabilitação do preso em um meio tão traumático como o cárcere, demonstrando em si mesma a sua falência (BITENCOURT, 2017).

Há de se ter também sempre presente que o sistema penal gera situações muito mais graves e dolorosas do que os conflitos qualificados como crimes, que, enganosamente, anuncia poder resolver. Como destaca Ferrajoli, a história das penas é seguramente mais para a humanidade do que a história dos crimes, a violência infligida pelas penas sendo mais impiedosa e talvez quantitativamente maior do que a violência provocada pelos crimes, produzindo para o gênero humano um custo em sangue, vidas e mortificações incomparavelmente superior ao custo produzido pela soma de mortificações incomparavelmente superior ao custo produzido pela soma de todos os crimes. (KARAM, 2008, p. 151).

4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19 (LEI “ANTICRIME”) NA PROGRESSÃO DE REGIME

Zaffaroni define como “processo seletivo de criminalização” a institucionalização do poder do estado para selecionar um reduzido número de pessoas, impondo a estas uma pena, sob sua coação, através de um conjunto de agências, formando assim o sistema penal. Esse processo seletivo de criminalização acontece de duas maneiras distintas, denominadas criminalização primária e criminalização secundária. A criminalização primária é a realizada pelo legislativo, quando edita uma lei penal que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. A criminalização secundária é a efetivação das leis para uma punição concreta, exercida pelas agências policiais (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

As penitenciárias são receptoras finais do processo seletivo da criminalização secundária, tendo em vista que os atingidos pela agência policial, em sua maioria, estão ou vão para o cárcere. Assim, qualquer movimentação da agência política (criminalização primária), afetará esta população que, conseqüentemente, pode se revoltar e provocar motins, desordens e fugas. O maior número de prisões ou o aumento do tempo de permanência do encarcerado na prisão provoca maior superlotação, multiplicando as dificuldades e os riscos (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

A edição da Lei 13.964/19, no que diz respeito à progressão de regime é, nada mais, nada menos, do que uma criminalização primária, exercida pela agência política, conforme definições de Zaffaroni *et al.* (2003). O recrudescimento da parte normativa, que aumenta o tempo do encarcerado para se alcançar a progressão de regime é a consequência desta criminalização primária alcançando determinado grupo de pessoas.

Esse recrudescimento penal se dá por parte da comunicação de massas e grande parte dos operadores das agências do sistema penal, que fazem questão de demonstrar o poder punitivo estatal como um enfrentamento à criminalidade e aos criminosos, fazendo com que a população se sinta segura com a atuação das agências políticas e policiais.

A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, oriunda do projeto de Lei 882 de 2019, idealizada, defendida e justificada pelo então Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Moro, teve como objetivo final o endurecimento penal, com a modificação de quatorze leis nacionais, entre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos e o Código Eleitoral, com intuito de reduzir a criminalidade, aumentado o recrudescimento do sistema processual criminal e de execução

das penas, se orientando na ideia de que, com o maior rigor penal e maior número de encarceramentos, iriam solucionar o problema da criminalidade.

Foi então estabelecido um grupo de trabalho, com a coordenação dada pela Deputada Margarete Coelho (PP-PI) e composto pelos Deputados Capitão Augusto (PR-SP), João Campos (PRB-GO), Orlando Silva (PCdoB – SP), Subtenente Gonzaga (PDT-MG), Lafayette de Andrada (PRB-MG) e Hildo Rocha (MDB-MA). Tal grupo teve como objetivo obter das mais diversas opiniões a respeito do projeto de lei, a partir de audiências públicas divididas em dez temas, entre eles a progressão de regime.

A Lei 13.964 de 2019, o pacote anticrime, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, foi recebida pela comunidade acadêmica com muitas ressalvas, tendo em vista a clara corrente de Lei e Ordem, e por sua esperada ineficácia como maneira de combater a criminalidade. A lei tende a aumentar o encarceramento em massa, desrespeitando direitos e garantias fundamentais, aumentando o tempo para se obter a progressão de regime, estabelecendo institutos processuais de eficácia duvidosa, sem estudo prévio como, por exemplo, o impacto no custo social de se manter milhares de pessoas presas (SAMPAIO, 2020).

Segundo Sampaio (2020), o endurecimento penal, que se intensificou nos últimos anos, não se demonstrou eficaz na solução da grave questão do encarceramento no Brasil. Agora, o pacote anticrime tende a incrementar ainda mais o sistema carcerário.

É importante mencionar alterações legislativas favoráveis à humanização das penas e a consequente harmônica reinserção social do condenado, como é o caso da Lei 11.464 de 2007, que regulamentou a progressão de regime em crimes hediondos e equiparados, a Lei 10.792 de 2003, que colocou fim ao exame criminológico obrigatório para progressão de regime, a Lei 12.433 de 2011, que regulamentou a remição por estudo, além do trabalho, limitou a perda de dias remidos na fração de 1/3; além da edição de inúmeros decretos de indultos pelo Poder Executivo (MORAES, 2020).

Em linhas gerais, a Lei 13.964 de 2019 tende a aumentar o rigor da disciplina carcerária, aumentar o tempo para a progressão do regime fechado para o semiaberto e ampliar as hipóteses de isolamento de presos considerados perigosos.

Como é de saber, tanto o Código Penal em seu art. 33, §2º, quanto a Lei de Execução Penal em seu art. 112, estabelecem que a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva.

O entendimento majoritário é que a progressão de regime tem natureza de direito público subjetivo, ou seja, preenchendo os requisitos objetivos e subjetivos pelo preso, este deverá ter o direito de progressão do regime penitenciário. Para a averiguação dos requisitos objetivos temos o art. 112 da Lei de Execução Penal, vejamos:

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% (dezesesseis 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL, [2019a]).

No que diz respeito aos critérios objetivos, o art. 112 estabelecia que os condenados que cumprissem ao menos 1/6 da pena no regime anterior, e tivessem bom comportamento carcerário, poderiam progredir de regime. Uma exceção a esse requisito era previsto na Lei de Crimes Hediondos, onde era necessário cumprir ao menos 2/5 da pena se primário fosse, e 3/5 se reincidente em crime hediondo (BRASIL, [2019a])

A redação dada pela Lei 13.964 de 2019 alterou o critério objetivo significativamente modificando o quantitativo genérico de 1/6, em relação ao critério subjetivo não ocorreu alteração.

Com a nova lei foram modificados os critérios para o réu, se primário ou reincidente, ou se o crime foi cometido com ou sem violência à pessoa e grave ameaça.

Portanto, se o crime foi cometido por réu primário e sem violência ou grave ameaça, o mesmo deverá cumprir pelo menos 16% da pena para a progressão de regime, se o réu for reincidente, esse percentual é de 20% da pena. Neste caso, se o réu for primário, temos um caso de benefício para o mesmo, porque, antes da nova redação, o requisito era de 1/6 ou 16,6% da pena, mas, se o réu for reincidente, percebe-se que seu critério objetivo para obtenção do benefício piorou, pois o que antes era de 1/6 ou 16,6%, agora é de 20% do cumprimento da pena (BRASIL, [2019a]).

Caso o réu primário cometa um crime com emprego de violência à pessoa ou grave ameaça o mesmo terá o direito à progressão de regime somente após cumprir 25% da pena, e, para o réu reincidente, esse percentual é de 30% da pena. Aqui percebemos um aumento considerável de cumprimento de pena para a obtenção do benefício para ambos os casos, que, antes da nova redação, o critério objetivo era de 1/6 ou 16,6% da pena (BRASIL, [2019a]).

No caso de cometimento de crimes hediondos, a nova redação manteve a distinção de réu primário e réu reincidente, entretanto, aumentou consideravelmente o critério objetivo para a obtenção da progressão de regime caso ocorra o resultado morte. Sendo assim, em caso de réu primário ou reincidente sem resultado morte, os requisitos objetivo se mantiveram inalterados, ou seja, para réu primário, que era 2/5 (40%), continuou 40% da pena, já no caso de réu reincidente, o critério, antes, de 3/5 (60%), continuou 60% da pena (BRASIL, [2019a]).

Contudo, em caso de réu primário cometer crime hediondo ou equiparado, resultando morte da vítima, o critério objetivo para a obtenção do benefício da progressão de regime, que não tinha previsão, pois era de 2/5 (40%), agora é de 50% de cumprimento de pena. Neste mesmo caso, se o réu for reincidente, o que também não tinha distinção, o critério era de 3/5 (60%), agora é de 70% do cumprimento da pena. Nestes casos, sendo o réu primário ou reincidente que pratica crime hediondo ou equiparado causando o resultado morte, com a nova redação, não terão direito ao livramento condicional (BRASIL, [2019a]).

Importante destacar que, com a revogação do §2º do art. 2º da Lei 8.072 de 1990, e com o acréscimo dos incisos VII e VIII ao art. 112 da LEP, fica claro que nos casos de reincidência em crimes hediondos ou equiparados, com resultado morte ou não, a reincidência deverá ser específica, ou seja, aplica-se somente aos condenados por crimes hediondos ou equiparados que já possuam condenação transitada em julgado por outro crime hediondo ou equiparado (MENDES; LUCCHESI, 2020).

Outros dois casos de alteração dada pela nova Lei são: réu que exerce comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado, onde o critério objetivo para a progressão de regime, que era a regra geral de 2/5 (40%), agora é de 50% de cumprimento da pena. O outro caso é de réu que integre milícia privada, que também não tinha distinção, portanto tinha que cumprir 1/6 (16,6%) da pena, agora tem que cumprir 50% da pena para a obtenção do benefício (BRASIL, [2019a]).

No que tange aos novos prazos para obtenção da progressão de regime trazemos abaixo a Tabela 1 que descreve a aplicação.

Tabela 1 - Comparativo do critério objetivo

HIPÓTESE	ANTES DA LEI 13.964/19	DEPOIS DA LEI 13.964/19
Primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.	1/6 = 16,6%	16%
Reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.	1/6 = 16,6%	20%
Primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça.	1/6 = 16,6%	25%
Reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça.	1/6 = 16,6%	30%
Crime hediondo ou equiparado, se for primário.	2/5 = 40% (Anterior à Lei 11.464/07 aplica-se 1/6)	40%
Crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário.	2/5 = 40% (Anterior à Lei 11.464/07 aplica-se 1/6)	50%
Exercer comando individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado.	2/5 = 40% (Anterior à Lei 11.464/07 aplica-se 1/6)	50%
Crime de constituição de milícia privada.	1/6 = 16,6%	50%
Reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.	3/5 = 60%	60%
Reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte.	3/5 = 60% (Anterior à Lei 11.464/07 aplica-se 1/6)	70%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Passadas todas as considerações acima, percebe-se que a Lei 13.964 de 2019 aumentou o tempo para concessão da progressão de regime, fazendo com que o preso permaneça mais tempo encarcerado em um local reconhecido como sendo constante violador

de direitos humanos, como já declarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 como veremos adiante.

4.1 Inconstitucionalidades

A liberdade dos cidadãos vem sendo cerceada, cada vez mais, pela invasão da violência na sociedade. Estes, atemorizados, se escondem por de traz de suas próprias grades ou, até mesmo, de armas, de forma que, quanto mais condição socioeconômica o indivíduo tem, mais eficazes são os meios. Com isso, o Estado reage com meios pouco eficazes, tentando esconder a crise que se enfrenta, aumentando desta forma a sensação de insegurança e desencadeando uma revolta na população em prol dos condenados, especialmente, daqueles já encarcerados.

Frequentemente o Estado promulga leis penais, criando novos crimes ou aumentando a pena dos que já existem, buscando um abrandamento da criminologia, o que nunca aconteceu.

A gravidade com que a violação aos direito do condenado não privados na sentença adquire maior impacto se analisada no contexto de um Estado de Direito que representa uma forma de governo no qual as situações vivenciadas pelas pessoas – e as consequências por elas geradas: deveres, obrigações, direitos, faculdades, prerrogativas e poderes, as chamadas “posições subjetivas” – decorrem privativamente de regras de direito, o que confere segurança e previsibilidade a todas as pessoas. (MINAS GERAIS, 2012, p. 19).

A descontextualização entre o ordenamento jurídico e o entreccho social apresenta-se, mormente, na Execução Penal, na medida em que conta com uma inovadora regulamentação implementada pela Lei 7.210/84, e, paralelamente, a sua aplicação se arrasta moribunda às margens da essência garantista e democrática que seriam marcas determinantes do Estado brasileiro. (MINAS GERAIS, 2012, p. 15).

Toda análise de matéria penal ou processual penal, como o estudo da progressão de regime no ordenamento jurídico penal brasileiro, deve ser desenvolvida sob o aspecto da validade dos dispositivos legais que disciplinam o instituto em questão e a sua adequação aos princípios expressados nas normas das declarações universais de direitos e da Constituição Federal brasileira (KARAM, 2008).

Hoje, no estado democrático de direito, os princípios são padrões substanciais de validade das normas e atos administrativos. Sendo assim, uma norma, mesmo considerada válida, que viole um princípio constitucional ou convencional, é inválida por ir contra uma norma material. Desta forma, a interpretação dos princípios, em matéria de Execução Penal,

deve sempre ser de forma que amplifica o exercício de um direito, liberdade ou garantia (ROIG, 2019).

Pelo princípio da humanidade, temos a primordial vedação ao retrocesso humanizador penal, de forma que a legislação em matéria de Execução Penal não pode retroceder em questões de humanidade das penas. Como é o caso da nova legislação abordada neste trabalho (ROIG, 2019).

A Lei 13.964 de 2019 ignora claramente os direitos humanos descritos na Constituição Federal de 1988 e as convenções firmados pelo Brasil perante a sociedade internacional. Esta Lei tende claramente a atender o populismo penal, aumentando o autoritarismo no país, tirando o caráter humanitário da Constituição (SAMPAIO, 2020).

O pacote anticrime foi claramente influenciado pela política legislativa norte-americana, baseada no encarceramento em massa, que atinge principalmente os menos favorecidos, que, na maioria das vezes, não têm recursos para realizar uma defesa adequada. Na referida Lei existem supressões ao direito de defesa, supressão de recursos processuais, prisão em sentença condenatória de crimes contra a vida, sem trânsito em julgado em definitivo, gerando, inegavelmente, uma insegurança jurídica, entre outras arbitrariedades constante no novo diploma legal (SAMPAIO, 2020).

Portanto, o legislador deve se impor quanto aos direitos fundamentais, quando no exercício de sua função. Deve, primeiramente, respeitar o núcleo essencial, sendo vedada a criação de condições desarrazoadas que tornem impraticáveis algum dos direitos fundamentais. Outro aspecto a ser considerável pelo legislador seria a proibição de retrocesso, ou seja, após termos atingido certas conquistas na aquisição de direitos fundamentais, não pode o mesmo reverter essas conquistas com novas legislações (MENDES; MARTÍNEZ, 2020).

4.2 Violação da autoridade da decisão do STF na ADPF 347/2015

Tendo em vista o problema da superlotação carcerária no Brasil, o partido político Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), requerendo, em caráter liminar, para que todos os juízes e tribunais justificassem os motivos que os impedem de aplicar medidas cautelares alternativas à prisão, nos casos em que se decretou ou manteve a prisão provisória; para que todos os juízes e tribunais adotassem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3

do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que todos os presos fossem apresentados ao juízo competente no prazo 24 horas, a contar do momento da prisão (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015).

Ainda que existam normas que garantam direitos fundamentais, estes podem não ser respeitados na prática, por falhas estruturais dos poderes que levam à falta ou falha nas políticas públicas que os garantem, configurando, dessa maneira, uma omissão inconstitucional. Portanto, a intervenção do STF na decisão da ADPF 347, se justifica pela omissão estatal para garantia de direitos fundamentais, tendo em vista que a crise no sistema prisional brasileiro advém de uma falta de coordenação do Estado no que diz respeito à melhorias, sendo assim, essa omissão estatal configura-se uma inconstitucionalidade por omissão. Acontece que as falhas estruturais podem legitimar uma intervenção judicial, de forma que, ao se identificar uma violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, a inconstitucionalidade por omissão dá lugar ao Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), como ocorreu no caso do sistema prisional brasileiro (SOUZA, 2019).

A ADPF nº 347 tem como principal objetivo a declaração da existência do ECI no sistema carcerário brasileiro para demonstrar a omissão dos poderes públicos nas políticas públicas penitenciárias, que geram lesões a direitos e garantias fundamentais da pessoa encarcerada, havendo necessidade de intervenção judicial para a superação desse desrespeito. A violação aos direitos fundamentais dos reclusos legitima a intervenção do STF, tendo em vista as graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais (ROSA, 2020).

Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição da República do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da sua função maior de guardião da Constituição. (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015, p. 15).

A petição inicial cita a própria omissão do Poder Judiciário em garantir a efetividade dos direitos fundamentais da população privada de liberdade, destacando-se, por meio da ADPF nº 347:

- a) a não aplicação do artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – normas em vigor e autoaplicáveis,

nos termos do artigo 5º § 1º, da Constituição, que garante o direito à audiência de custódia;

- b) a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, sem a devida fundamentação;
- c) a não consideração das condições degradantes das prisões brasileiras durante a aplicação e cumprimento da pena, fatores que agravam as condições da execução da pena, ofendendo-se, com isso, o princípio da proporcionalidade (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015).

A ADPF nº 347 ainda aponta a contribuição do Poder Legislativo para o quadro de violação massiva aos direitos fundamentais dos presos, quando estabelecem políticas criminais insensíveis à falência do sistema carcerário, agravando a superlotação dos presídios, contrária à segurança pública, com nítido aspecto populista, como é o caso da Lei 13.964 de 2019, principalmente no que diz respeito às mudanças da Lei de Execução Penal (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015).

O julgamento das medidas cautelares ocorreu em 9 de setembro de 2015 pelo plenário do STF, reconhecendo a ADPF para discussão judicial da grave situação do sistema carcerário brasileiro. A referida decisão declarou o ECI no sistema carcerário brasileiro, em razão da violação aos direitos fundamentais dos presos, em razão de falhas estruturais e falência nas políticas públicas, que depende de medidas normativas, administrativas e orçamentárias. Por maioria de votos foi parcialmente deferido os pedidos cautelares para:

- a) determinação imediata do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), e vedação à União Federal quanto à realização de novos contingenciamentos;
- b) obrigação aos 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.

Ainda, por maioria dos votos, também foi deferida a proposta do Ministro Roberto Barroso, para concessão de cautelar de ofício para que a União e aos Estados, e

especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao STF informações sobre a situação prisional (BRASIL, ADPF 347, 2015).

No julgamento da medida cautelar, foi reconhecida, por maioria dos ministros, a existência de um ECI, admitindo a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal tendo em vista o grave desrespeito aos direitos fundamentais dos presos. O relator da decisão reconheceu que o motivo do quadro inconstitucional é a clara falha estrutural e histórica do Estado. Com isso, a única opção para se ter um resultado positivo no problema do sistema prisional brasileiro seria a atuação conjunta dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em cada unidade federativa, bem como na União e no Distrito Federal, com o auxílio dos órgãos e entidades públicas. Em razão disso, o ministro relator da decisão, declarou a necessidade do Supremo Tribunal Federal em tomar medidas com o objetivo de reverter esse quadro, tendo o Tribunal “[...] o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados.” (BRASIL, ADPF 347, 2015, p.13).

Tendo em vista o grave problema do sistema carcerário brasileiro, verifica-se a necessidade da interpretação de normas vigentes, da aplicação de políticas públicas já existentes e a edição de normas desencarceradoras para, só assim, se alcançar a reversão do quadro de grave violação de direitos humanos e fundamentais.

A intervenção do Supremo Tribunal Federal no sistema carcerário brasileiro é claramente justificada pela grave situação de omissão estatal evidenciada, omissão inconstitucional de ordem estrutural que enseja a violação de direitos humanos e fundamentais.

Todavia, podemos concluir que a crise no sistema penitenciário brasileiro é um problema sistêmico exigindo mudanças urgentes a serem tomadas, tendo que a declaração do ECI pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF de nº 347, demonstra uma importante decisão para a reversão desse quadro de crise, o qual envolve a violação aos direitos humanos e fundamentais dos presos.

Por todos os princípios e questionamentos até aqui expostos, e pela decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, em que fora reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucionais dos presídios brasileiros pelo desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, a Lei 13.964 de 2019 veio com o objetivo de mudar esta realidade desumana dentro de um Estado Democrático de Direito?

5 CONCLUSÃO

Podemos concluir que a edição de legislações penais, aumentando penas, criminalizando novas condutas ou diminuindo direitos fundamentais não é suficiente para combater a criminalidade. Se legislações criminalizadoras fossem motivos para diminuição de cometimentos de crimes, no Brasil poucos delitos seriam cometidos e, em nível mundial, poderíamos citar exemplos de países, como os Estados Unidos, que não teriam suas cadeias lotadas, tendo em vista sua política criminal repressiva.

O direito penal, quando desrespeita a dignidade da pessoa humana, caminha em sentido contrário ao Estado Democrático de Direito. No Brasil o direito penal não está sendo aplicado como *ultima ratio*, mas como *prima ratio* quando se tentam, fracassadamente, apresentar soluções para diversas situações sociais, tendo em seu conteúdo uma considerável violência.

Mesmo reconhecendo pontos positivos no “pacote anticrime”, como é o caso do juiz das garantias, é inegável o seu conteúdo inquisitório, enfatizando medidas penalizadoras e encarceradoras, como foi tratado na progressão de regime, tentando responder aos anseios da sociedade, amedrontada pela mídia que espalha o pânico e o medo, cobrando respostas concretas de políticas criminais mais severas.

O “pacote anticrime” chega em um momento de reflexão necessária ‘se o caminho de nossa política criminal deve ser o de prender pura e simplesmente’. A prisão tem sido uma válvula de escape do Estado que não mais consegue trabalhar preventivamente para evitar os delitos.

Devemos, sem dúvida alguma, pensar na humanização da execução da pena privativa de liberdade, diminuindo a incidência de sua aplicabilidade com novas alternativas penais que diminuam o encarceramento em massa. Deve-se ter em mente a edição de leis que possibilitam um novo ciclo no direito penal em atendimento ao respeito à dignidade da pessoa humana, trazendo um novo conceito de função social da pena, deixando de lado a visão de que a prisão resolve tudo.

Diante de todo o aqui exposto, podemos apontar que um sistema punitivo objetivando nada mais do que a segregação como o único recurso para que o Estado enfrente a criminalidade, reflete, inevitavelmente, altos índices de reincidência, além da superlotação que presenciamos no sistema carcerário brasileiro.

Entendemos que mais importante do que apontar a falência da pena privativa de liberdade, é tentar inverter esta situação, gerando assim efeitos positivos não somente na vida

do condenado, mas, muito além, ou seja, em toda a sociedade que acredita que a solução para se diminuir a criminalidade é encarcerando cada vez mais. Se a população entende que a solução para a violência é a construção de novos presídios, será essa a solução que o Estado tomará.

Não pretende este trabalho convencer de que a vítima é o réu, invertendo os papéis, muito menos tirar a importância da vítima, mas, pelo menos, expor a preocupação de que a pena aplicada ao réu deve ser cumprida nos moldes determinados pelas leis e pela Constituição Federal, garantindo ao mesmo todos os direitos fundamentais. A sociedade não pode pensar apenas no sentimento de vingança pelo ato criminoso, mas, que impor ao preso um sofrimento além do que descrito na sentença penal condenatória, em nada contribui para a paz e a ordem social e, muito menos, para o objetivo de ressocialização prevista no escopo do comprimento da pena.

Para termos uma sociedade democrática, se faz necessário o combate à criminalidade, mas não pelo caminho que o Brasil tem adotado. As soluções devem surgir dentro do campo da inteligência, com mais investimento em segurança pública no que diz respeito a infraestrutura e remuneração, investimento em saúde, educação, saneamento básico, distribuição de renda, ampliação do mercado de trabalho, políticas públicas voltadas para populações mais vulneráveis, entre outras maneiras. Estas atitudes, apesar de serem conhecimentos acadêmico e público, não foram abordadas pelo “pacote anticrime”.

Infelizmente, a criminalidade prospera, a letalidade policial prospera, a tortura e o encarceramento em massa prosperam, e passam a ser os principais objetivos do governo que, influenciado pela mídia e pelo populismo penal, os usam dizendo ser a solução para os graves problemas de segurança pública. Um projeto centrado em experiências malsucedidas e que evita, por incompetência ou falta de vontade política, enfrentar, pela via da inteligência e da integração social, a violência e o crime.

Portanto, no âmbito do Poder Legislativo, o legislador deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, vinculando positivamente este conteúdo, tornando obrigatória a criação de normas que regulamentam os direitos fundamentais.

O problema do encarceramento em massa no Brasil está relacionado diretamente com a exclusão social, encarcerando mais os pobres e, entre eles, os negros, dentro de um aspecto de injustiça socioeconômica devido a má distribuição de renda. Neste ponto o projeto ignorou completamente a realidade social em que vivemos, adotando o endurecimento penal e a supressão de direitos humanos para solucionar a crise da segurança pública.

A realidade vivenciada no Brasil é, realmente, preocupante: os presos têm seus direitos humanos e fundamentais violados constantemente, vivem em pequenas celas superlotadas, com péssimas condições de higiene, contribuindo com a proliferação de doenças infecciosas. Estão expostos a qualquer tipo de violência, principalmente os presos de grupos minoritários como, mulheres, homossexuais e deficientes; sem direitos básicos como, saúde, educação e higiene e, no final, não chega à prometida ressocialização.

Como vimos, mudanças políticas ocorridas ao longo da história contribuíram com a crise atual, de forma que persistimos em uma política criminal repressiva e criminalizadora da população marginalizada, além de uma real ausência de atuação dos entes públicos na implementação de políticas públicas para melhoria do sistema carcerário brasileiro.

Promover o ser humano através da educação e da renda é a única solução possível dentro das perspectivas atuais.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Direito penitenciário e direito do menor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- ALBERGARIA, Jason. **Manual de direito penitenciário**. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1993.
- AQUIETA minh'alma. Intérprete: Ministério Zoe. Compositores: [S.n.]. In: EU ME Atrevi a Te Chamar de Abba. Intérprete: Ministério Zoe. [S.l.]: Ministério Zoe, 2013. 1 Álbum, faixa 11.
- BARBOSA, Licínio Leal. Considerações a propósito das tentativas de elaboração de um código de execuções penais. **Revista de informação legislativa**, v. 19, n. 76, p. 299-310, out./dez. 1982. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181399/000398306.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BARROS, Flaviane Magalhães de. **(RE) forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis nº 11.690/08, 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense 2010.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, [1841]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 23 fev. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.
- BRASIL. **Código de processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2012.
- BRASIL. **Decreto nº 1.774, de 2 de julho de 1856**. Dá Regulamento para a Casa de detenção estabelecida provisoriamente na Casa de Correção da Côrte. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1856. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1774-2-julho-1856-571279-publicacaooriginal-94370-pe.html#:~:text=D%C3%A1%20Regulamento%20para%20a%20Casa,Casa%20de%20Corre%C3%A7%C3%A3o%20da%20C%C3%B4rte.&text=Palacio%20do%20Rio%20de%20Janeiro,de%20Sua%20Magestade%20o%20Imperador>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de julho de 1850**. Dá Regulamento para a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1850. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-678-6-julho-1850-560002-publicacaooriginal-82510-pe.html#:~:text=D%C3%A1%20Regulamento%20para%20a%20Casa%20de%20Correc%C3%A7%C3%A3o%20do%20Rio%20de%20Janeiro.&text=1%C2%BA%20Casa%20de%20Correc%C3%A7%C3%A3o, trabalho%2C%20dentro%20do%20respectivo%20recinto.> . Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 3.274, de 2 de outubro de 1957**. Dispõe sobre normas gerais do regime penitenciário. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13274.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20Normas%20Gerais%20do,atribui%C3%A7%C3%B5es%20da%20Inspectora%20Geral%20Penitenc%C3%A1ria. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm#:~:text=L7210&text=LEI%20N%C2%BA%207.210%2C%20DE%2011%20DE%20JULHO%20DE%201984.&text=Institui%20a%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.&text=Art.%201%C2%BA%20A%20e%20xecu%C3%A7%C3%A3o%20penal,do%20condenado%20e%20do%20internado. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1983]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Infopen** – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Portal de Dados.MJ, 2019b. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias> . Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – adequação. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 set. 2015. Brasília: STF, 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 24 fev. 2021.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. [S.l.]: OEA, CIDH, 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26326.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil). **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. [Diário Oficial da União, 2 dez. 1994]. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA): [adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

DÁDIVA. Intérprete: Ana Vilela. Compositores: Ana Vilela. *In*: ANA Vilela. Intérprete: Ana Vilela. [S.l.]: SLAP, 2017. 1 Álbum, faixa 5.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos** (Regras de Nelson Mandela). Viena, Austria: UNODC, [2015]. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

KARAM, Maria Lúcia. Disciplina do livramento condicional no ordenamento jurídico-penal brasileiro e violações a direitos fundamentais. *In*: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (coord.). **Execução Penal**: constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 149-182.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral: volume 1. 10.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Lei Anticrime**: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **A Execução Penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Individualização da pena e o novo sistema progressivo. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p.277-295.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.

NÚÑEZ NOVO, Benigno. **A realidade do sistema carcerário brasileiro**. [S.l.]: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão – 1988**. [São Paulo: USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 1988]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>. Acesso em: 24 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. [UNICEF, 1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 fev. 2021.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**: petição inicial. Garantias Constitucionais , Prisão Preventiva , Prisão em flagrante , Prisão Decorrente de Sentença Condenatória , COVID-19. Rio de Janeiro, 26 maio 2015. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560> . Acesso em: 25 fev. 2021.

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

RAMACCI, Fabrizio. Os modelos de justiça penal entre mito e história, uma crise de transformação? *In*: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (coord.). **Execução penal**: constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 31-42.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ROSA, Camila Maria. **Sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Belo Horizonte: Ed. Dialética, 2020.

SAMPAIO, Martim de Almeida. Do Brasil colônia à Lei Anticrime: a herança da desigualdade e da repressão. *In*: GONÇALVES, Antônio Baptista (coord.). **Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SOUZA, Lorena Silva de. **A crise no sistema prisional e o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional”**: uma análise dos fundamentos fáticos e jurídicos na provocação ao Supremo Tribunal Federal na ADPF de nº 347. Uberlândia: LAECC, 2019.

TÁ ESCRITO. Intérprete: Grupo Revelação. Compositores: Xande de Pilares, Gilson Benini e Carlinhos Madureira. *In*: AO VIVO no morro. Intérprete: Grupo Revelação. Rio de Janeiro: DeckDisc, 2009. 1 Álbum, faixa 3.

THAIANE Seghetto: Pra Você Professor. Thaianie Seghetto. *[S.l.]*: 15 out. 2014. 1 vídeo (3min13s). Publicado por Thaianie Seghetto. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZOoYshRrz-w>. Acesso em: 25 fev. 2021.

TUA FAMILIA. Intérprete: Anjos de Resgate. Compositores: *[S.n.]*. *In*: LUZ DAS nações. Intérprete: Anjos de Resgate. *[S.l.]*: CODIMUC, 2002. 1 Álbum, faixa 8.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: volume 1 : teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.