

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

PEDRO VITOR DA SILVA OLIVEIRA

**ESTARÃO AS PRISÕES BRASILEIRAS OBSOLETAS? UMA ANÁLISE CRÍTICA
DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL**

RIO DE JANEIRO
2024

PEDRO VITOR DA SILVA OLIVEIRA

ESTARÃO AS PRISÕES BRASILEIRAS OBSOLETAS? UMA ANÁLISE CRÍTICA DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, **sob a orientação do Professor Dr. Salo de Carvalho.**

RIO DE JANEIRO
2024

d111e da Silva Oliveira, Pedro Vitor
ESTARÃO AS PRISÕES BRASILEIRAS OBSOLETAS? UMA
ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL /
Pedro Vitor da Silva Oliveira. -- Rio de Janeiro,
2024.
77 f.

Orientador: Salo de Carvalho.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Sistema Penitenciário. 2. Pena de Prisão. 3.
Teorias Legitimantes. 4. Criminologia Crítica
Brasileira. 5. Arguição de Descumprimento de
Preceito Fundamental 347. I. Carvalho, Salo de,
orient. II. Título.

PEDRO VITOR DA SILVA OLIVEIRA

ESTARÃO AS PRISÕES BRASILEIRAS OBSOLETAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, **sob a orientação do Professor Dr. Salo de Carvalho.**

Data de aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Salo de Carvalho (orientador)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2024

AGRADECIMENTOS

Como não poderia ser diferente, começo esses agradecimentos prestando singela homenagem a Ana das Dores, minha vó materna que faleceu no final de 2021 e infelizmente não vai me ver formando em vida. Vó, te amo! É por você também.

Feita essa homenagem, gostaria de agradecer imensamente aos meus pais por toda força e incentivo para perseguir meu sonho de estudar na Universidade Federal do Rio de Janeiro, cursando direito na Faculdade Nacional de Direito. Muito obrigado por terem sido minha base em todas as circunstâncias possíveis e, principalmente, por não soltarem da minha mão. Obrigado!

À minha mãe, muito obrigado por me fazer tão resiliente, me fazer um homem capaz de olhar para a dor do outro e me compadecer, não só isso, por me ensinar o que é o amor mais puro e verdadeiro que existe. Obrigado por ser essa mulher tão forte e independente. Minha grande inspiração!

Quero agradecer, também, a minha vó paterna. Tê-la comigo, acreditando em mim, me faz querer seguir e ser melhor todos os dias. Não capaz de pôr em palavras meu amor por você, tenho uma tendência a acreditar que nossa conexão veio de outras vidas, se assim o é, obrigado a Deus, aos astros e ao universo.

Ao meu padrasto, por ter acreditado no meu sonho e ter comprado a minha ideia, obrigado. Certamente ele acredita mais em mim do que eu mesmo. Ao meu pai, obrigado por estar comigo nessa longa caminhada.

Um agradecimento especial para um grande irmão que a vida me deu, Carlos Felipe. Meu querido amigo, muitíssimo obrigado por compartilhar comigo das dificuldades enfrentadas na graduação de direito em uma universidade federal, eu na UFRJ e você na UFF, mas, sobretudo, dividir as angústias geradas pela paixão que temos em comum: as ciências criminais. Obrigado por ser escuta, mas, também, por ser contraponto, quando necessário. Estamos juntos desde a 4ª série, não seria diferente na universidade. Vida longa!

Obrigado, também, para meu amigo Luís Gustavo, amigo este que se não fosse a generosidade que lhe é peculiar, talvez não teria chegado a tempo de fazer minha matrícula na UFRJ.

Obrigado a todos vocês, tiveram participação importante para concretização desse sonho.

Às amizades feitas no curso desse momento único da minha vida que foi adentrar as portas da Faculdade Nacional de Direito. Importante é agradecer as pessoas que fizeram essa experiência mais leve e tranquila. Primeiramente, meu agradecimento vai para os meus amigos, amigos esses que, apesar de todos serem extremamente inteligentes e comprometidos, compõem o grupo chamado “falta coletiva”. Uma brincadeira que surgiu com o professor substituto de processo civil. A estes amigos, muitíssimo obrigado. Foi incrível viver a nacional com vocês, todas as conversas na varadinha ou pelo vão central. Obrigado também aos outros amigos trazidos pela esta faculdade, amigos que juntos, compartilhamos almoços, cafés da manhã na “Casa Velha” e um chopp no amarelinho da glória pós expediente do escritório. Vocês fizeram a experiências ser mais leve e completa.

Um agradecimento especial aos amigos e amigas do escritório de Advocacia Criminal Nilo Batista & Advogados Associados, ambiente este que tem sido uma verdadeira escola. Obrigado pelos ensinamentos e orientações.

Dia 10 de março de 2020 começou minha tão aguardada experiência de viver a Universidade Federal do Rio Janeiro. A Faculdade Nacional de Direito foi a minha primeira e única escolha, não havia outra opção. Teria que ser a Gloriosa, e assim foi.

Não poderia deixar de agradecer aos funcionários da nacional, desde os seguranças ao pessoal terceirizado da limpeza. Obrigado por cuidarem da melhor maneira possível da nossa nacional. Um agradecimento especial para os funcionários da Biblioteca Carvalho de Mendonça, essa Biblioteca histórica e com obras tão singulares. Lembro-me de maneira clara as tantas vezes que fui atrás de livros e que fiquei sentado estudando e, quando não, admirando sua beleza.

As amizades que a Liga Acadêmica de Ciências Criminais – LACC me possibilitou construir. Aliás, meu muitíssimo obrigado a LACC por ter me concedido a possibilidade de compor a mesa na II Semana de Ciências Criminais da FND ao lado de Ana Elisa Bechara e Eugenio Raul Zaffaroni.

Ainda no tocante a FND e sua importância na minha vida e formação enquanto indivíduo, cabe um especial agradecimento a alguns professores. Não que os outros não tenham

sido importantes, mas cabe um agradecimento nominalmente a estes. Um especial agradecimento a Camila Gomes de Magalhães, minha professora de Criminologia. Lembro-me perfeitamente das nossas aulas on-line durante o período pandêmico em que havia poucas câmeras ligadas, mas a maneira como as aulas e a disciplina eram conduzidas me impactaram sobremaneira. Obrigado Professora! Ao professor Antônio Martins, muitíssimo obrigado, sua gentileza e conhecimento muito me influenciaram.

Por último, mas não menos importante, meu agradecimento especial ao meu orientador de monografia e estudo das ciências criminais, Salo de Carvalho. Salo é uma daquelas unanimidades quando se fala em ciências criminais críticas, está ao lado de Nilo Batista, Juarez Tavares e Cirino dos Santos. É referência. Lembro-me perfeitamente da primeira aula da disciplina “Temas de Direito Penal”, em que estudamos a obra do Professor Nilo Batista e Zaffaroni. Como lhe é muito caro, foi uma aula sobre metodologia nas ciências criminais, que aula incrível! Certamente foi uma aula de pós-graduação ainda na graduação. Salo de Carvalho me fez ter um olhar crítico para a práxis das ciências criminais, professores como professor Salo nos fazem acreditar que ainda é possível lutar por um direito penal redutor. Professor, obrigado por ser, nas palavras de Vera Malaguti Batista, esse dique contra o avanço do poder punitivo.

À Faculdade Nacional de Direito obrigado por me formar, não apenas enquanto profissional do direito, mas como ser humano. O sangue azul e amarelo corre nas veias desde o momento que se adentra ao Largo do Caco. Obrigado Faculdade Nacional de Direito, que experiência incrível! FND é minha alma mater, o lugar que sempre irei retornar com emoção nos olhos. Já estou com saudades!

*A melhor reforma do direito penal seria
de substituí-lo, não por um direito penal
melhor, mas por qualquer coisa melhor
que o direito penal*

Gustav Radbruch

Rio de Janeiro

2024

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os fundamentos e discursos legitimantes da pena de prisão, bem como analisar o panorama atual do sistema penitenciário do brasileiro, apresentando dados e apontando sua ineficiência. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica, em que se teve como marco teórico a criminologia crítica brasileira, bem como uma análise de dados históricos e contemporâneos acerca da evolução em termos quantitativos das unidades prisionais do país. Assim, se pretendeu apontar as falácias constantes das teorias declaradas da pena e a crença irreal na pena de prisão. A partir de um olhar materialista da realidade, se faz necessário apontar, em dados, a situação atual do sistema penitenciário, de modo, a contrapor com as teorias e discursos que legitimam a pena. Com isso, verifica-se a postura do estado Brasil, que tem optado por uma postura aquém da necessária para dirimir os problemas constantes nas unidades prisionais. Com um olhar da criminologia anticarcerária, se observará que a pena tem como objetivo único segregar corpos, de maneira que os indivíduos estigmatizados estão em um cenário de não direito, visto que vivem diariamente nas masmorras brasileiras. Tal afirmativa foi possível ao analisar voto do relator e do redator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Com se verá, não há outro caminho para o sistema penitenciário brasileiro, que não seja sua abolição total e completa.

Palavras-Chaves: Sistema Penitenciário; Pena de Prisão; Teorias Legitimantes; Criminologia Crítica Brasileira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the foundations and legitimizing discourses of the prison sentence, as well as analyze the current panorama of the Brazilian penitentiary system, presenting data and pointing out its inefficiency. To this end, a bibliographical review was carried out, using Brazilian critical criminology as a theoretical framework, as well as an analysis of historical and contemporary data regarding the evolution in quantitative terms of the country's prison units. Thus, the aim was to point out the fallacies contained in declared theories of punishment and the unrealistic belief in the prison sentence. From a materialist view of reality, it is necessary to point out, in data, the current situation of the penitentiary system, in order to contrast it with the theories and discourses that legitimize the sentence. With this, the stance of the Brazilian state is verified, which has opted for a stance below what is necessary to resolve the constant problems in prison units. From an anti-prison criminology perspective, it will be observed that the sole purpose of punishment is to segregate bodies, so that stigmatized individuals are in a scenario of no rights, as they live daily in Brazilian dungeons. This statement was possible when analyzing the vote of the rapporteur and the writer of the Claim of Non-Compliance with Fundamental Precept 347. As will be seen, there is no other path for the Brazilian penitentiary system, other than its total and complete abolition.

Keywords: Penitentiary System; Prison Sentence; Legitimizing Theories; Brazilian Critical Criminology. Allegation of Non-compliance with Fundamental Precept 347.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 - A PENA DE PRISÃO E O DIREITO DE PUNIR: SURGIMENTO	15
1.1 - Beccaria e o Direito de Punir	17
1.2 - A crença na pena	21
1.3 – Teorias de justificação da pena.....	24
1.3.1 – Prevenção Geral.....	24
1.3.2 – Prevenção Especial	26
1.3.3 – A pena como retribuição.....	29
1.3.4 – Teorias contemporâneas de Justificação.....	30
2 - O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	32
2.1 A Casa de Correção do Rio de Janeiro	33
2.2 - Sistema Penitenciário Brasileiro no Século XXI em dados	36
2.2.1 - Dor e Aflição: a síntese do sistema prisional brasileiro	43
2.2.2 - Quem são as pessoas encarceradas no Brasil?	43
2.2.3 A superlotação e suas consequências	45
2.2.4 – Instituto Plácido de Sá Carvalho – Rio de Janeiro	47
3. – DERRAMAMENTO DE SANGUE POR GOTEJAMENTO	52
3.1 - Um caminho para a Solução?.....	54
3.1.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347	54
3.1.2 - Plano Pena Justa	62
3.2 - A macro política criminal penitenciária brasileira	66
3.3 - A necessidade de uma política criminal radicalmente alternativa	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72

INTRODUÇÃO

O aprisionamento de pessoas é um dos grandes problemas enfrentados pela sociedade brasileira, visto que, hoje, o país possui aproximadamente 850 mil pessoas enclausuradas nas masmorras Brasil afora. Em razão da o uso excessivo e exclusivo da pena de prisão como principal vetor de controle social, as políticas nacionais são voltadas para o aumento de pessoas nos cárceres.

Nesse sentido, a fim de analisar a problemática presente na sociedade brasileira e entender seu funcionamento, este trabalho busca analisar de maneira materialista a realidade brasileira, isto é, olhar o problema do superencarceramento de pessoas não apenas a partir da teoria, leia-se uso exclusivo de literatura, mas, sobretudo, de uma perspectiva da realidade. Portanto, se pretende analisar os números do sistema penitenciário brasileiro em termos quantitativos, de maneira que será observado os números totais do sistema carcerário. Em termos qualitativos, o objetivo será analisar as características do sistema, como por exemplo: os indivíduos que compõem, as questões de saúde, mortes e educação etc.

As observações que realizadas serão orientadas pelo método materialista, bem como seu fundamento teórico será a criminologia crítica brasileira que, a partir da década de 1970, desenvolveu trabalhos críticos ao cárcere, com nomes como Nilo Batista, Elizabeth Sussekind, Yolanda Catão, Cláudio Heleno Fragoso e outros. Assim como criminologia crítica brasileira já referenciada, esse trabalho terá como pano de fundo a criminologia anticarcerária, ou seja, uma criminologia crítica que apresenta postulados contrários ao aprisionamento de pessoas.

Como esses autores, utilizando-se do conceito de teoria¹ apresentado por José Paulo Netto no livro Introdução ao Estudo do método de Marx, este trabalho busca se utilizar da teoria crítica, especificamente no âmbito das ciências criminais, a criminologia crítica desenvolvida pelos autores brasileiros, e dos seus postulados teóricos bem como do seu método empírico para analisar a realidade das unidades prisionais do Brasil. Razão pela qual o sistema prisional do Brasil será analisado a partir de decisões judiciais nacionais e internacionais que buscaram trabalhar com o problema exposto neste trabalho.

¹ Para Marx, nas palavras de José Paulo Netto, a teoria é uma modalidade peculiar do conhecimento, o conhecimento prático da vida cotidiana. O conhecimento teórico é o conhecimento do objeto – tal como ele é em si mesmo, na sua existência real e efetiva, independentemente dos desejos, das aspirações e das representações do pesquisador. A teoria é, para Marx, nas palavras de José Paulo Netto, a reprodução ideal do movimento real do objeto pelo sujeito que pesquisa.

Para tanto, no primeiro capítulo, de maneira sintética, a fim de não exaurir o tema, será descrito o surgimento da pena de prisão com o fim do absolutismo e o surgimento da era das luzes, como ficou conhecido o iluminismo. Também será apontado como os teóricos iluministas, sobretudo Beccaria, difundiram o suposto direito de punir do Estado. Fixados esses pontos, será abordado como, uma vez internalizado, a ideia de um direito de punir fundamentou o surgimento de teorias legitimantes da pena de prisão. Nessa linha de raciocínio, são apresentadas as principais teorias legitimantes das penas, de modo que serão expostos seus argumentos e as críticas que cada uma delas sofre.

No segundo capítulo, a partir de uma análise material do surgimento da pena de prisão no Brasil, é apontado como se desenvolveu a primeira unidade prisional brasileira: A Casa de Correção do Rio de Janeiro. Posteriormente, utiliza-se dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística para entender a evolução em termos absolutos do efetivo carcerário no Brasil no século XX e, posteriormente, no século XXI. A partir de uma observação qualitativa, será feita uma análise dos números trazidos pelo RELIPEN e do SISDEPEN, em que são detalhadamente expostos os corpos que estão presentes nas prisões brasileiras, bem como os males que estes sofrem diariamente. Nesse ponto, é apresentado um número que deveria preocupar, e muito, as autoridades públicas brasileiras, visto que em 2024 aproximadamente 70% dos detentos são pretos e pardos, escancarando, assim, de maneira assustadora, o racismo estrutural presente nas instituições brasileiras.

Nesse mesmo capítulo, a fim de explicar os números apontados, será feita uma análise do Instituto Plácido de Sá Carvalho, unidade prisional do Estado do Rio de Janeiro que, em razão das condições de cumprimento de pena extremamente degradantes, foi submetida por meio de petição da Defensoria Pública do referido Estado, ao sistema interamericano de Direitos Humanos. Assim, serão apresentados os fatos que ensejaram a submissão da unidade prisional à análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a decisão da própria corte.

No terceiro e derradeiro capítulo, será trabalhada omissão estatal ante os cidadãos enclausurados, visto que o Estado, através do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário pouco, ou nada tem feito para dirimir os problemas gerados pelo encarceramento em massa, de modo que sua política pública para essa população tem sido o derramamento de sangue por gotejamento. Por este motivo, depois de instigado pela sociedade civil por meio do Partido Socialismo e Liberdade, o judiciário, através do Superior Tribunal Federal, se apropriando de um instituto constitucional da Corte Suprema da Colômbia, declarou que em razão das

circunstâncias cruéis e degradantes vivenciadas pelos detentos brasileiros, o sistema prisional pátrio apresenta um estado de coisas inconstitucional. Em razão disso, será feita uma análise do voto do ministro relator e do redator do acórdão, a fim de que se possa entender a *ratio decidendi* da ADPF 347. Feito isso, será trabalhado o plano Pena Justa, plano este criado por determinação da suprema corte brasileira.

Para além disso, será feito uma análise de como, mesmo com as referidas decisões, estas são incapazes de mudar o panorama da prisão no Brasil, uma vez que a prisão, independentemente das suas condições estruturais, é feita para gerarem todo e qualquer tipo de vilipêndio aos seus “clientes”, isto é, esta é sua natureza.

1 - A PENA DE PRISÃO E O DIREITO DE PUNIR: O SEU SURGIMENTO

O sistema carcerário se tornou um dos grandes dilemas da sociedade contemporânea visto que diversos países possuem um alto número de pessoas submetidas a uma pena privativa de liberdade. Dentre os que se destacam por esse excesso de pessoas encarceradas, encontra-se o Brasil. Estima-se que em 2023, conforme dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - Sisdepen, o Brasil possuía aproximadamente 832,295 mil presos.² O banco de dados The World Prison Brief, em levantamento realizado pela Birkbeck, Universidade de Londres, e ICPR (Institute for Crime & Justice Research). (Fair, e Walmsley, 2021)³, apontou que o Brasil é o terceiro país no mundo em termos de população carcerária, ficando atrás apenas das megas potências capitalistas como China, país mais populoso do globo, e Estados Unidos.

Diante desses dados, fica evidente que a escolha dos Estados, sobretudo o brasileiro, objeto desta análise, tem sido a utilização do sistema carcerário, isto é, da imposição de uma pena, como método precípua de controle social. Esta escolha não é recente, muito pelo contrário, ao observar história dos meios de punição perpetrados pelo poder punitivo estatal, verifica-se que a imposição de pena privativa de liberdade se dá com o advento do iluminismo⁴, no século XVIII, em que se buscava um afastamento do regime anterior que pregava a ideia de um Estado soberano na figura do monarca e que, por esta razão, havia, em muitas situações, a aplicação de uma pena corporal, podendo ser tomado como exemplo o suplício⁵.

Com o introito dos ideais iluministas, houve por parte de inúmeros pensadores, dentre eles Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, críticas a prática punitiva até então vigente, uma vez que divergiam do excesso de punição exercido através dos suplícios, que ao fim e ao cabo se tratava de execução. O autor, em sua celebre obra, se opõe de maneira categórica a pena de morte, pois ao fundamentar sua ideia, que posteriormente será questionada, acerca do direito de punir do Estado, alega que “a soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade de que cada um cedeu à sociedade. [...] quem já pensou em dar a outros

² Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN; Estimativas da população residente no Brasil e Unidades da Federação - IBGE, realizadas por meio de interpolação linear; Censo 2022 - IBGE.; Fórum Brasileiro de Segurança Pública

³ Disponível em:

https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf

⁴ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas; Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. - 2 ed. - São Paulo: Edipro 2015.

⁵ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; Tradução de Raquel Ramalhete. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014

homens o direito de tira-lhes a vida?”⁶. Para o autor italiano, a pena de morte não possui nenhum fundamento jurídico, a não ser em situação de guerra.

Com o desenvolvimento dos ideais iluministas entre os séculos XVIII e XIX, há uma ebulição na sociedade de maneira que a pena corporal passa a ser não mais tolerada, razão pela qual cresce dentre os filósofos, autores, intelectuais, magistrados, parlamentares e juristas um sentimento de consternação contra o método de punição vigente até aquele determinado momento, qual seja: o suplício. Neste sentido, analisando o referido contexto, Michel Foucault interpreta que

„É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício se tornou rapidamente intolerável. Revoltante, vista da perspectiva do povo, onde ele revela tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir”⁷.

Verifica-se, portanto, que a sociedade burguesa, sobretudo, a francesa, possuía uma preocupação muito maior com a agilidade e reparação do sistema de justiça penal do que em seu rigor. Nessa quadra histórica não havia diversidade nas escolhas das penas aplicadas, de maneira que “morte e deportação eram a regra para a maioria dos delitos; a severidade e a crueldade acentuavam a insegurança geral na administração penal [...]”⁸. Neste contexto de incerteza, em que o mercantilismo vai ficando para trás e com ares de revolução francesa se avizinando, cresce o discurso de suavização das penas impostas, com uma diminuição do arbítrio estatal e uma clareza legislativa.

É a partir desse momento histórico, com os ideais defendidos por Beccaria, que para muitos autores, vai se fundamentar o direito penal moderno, surge o nascimento da escola clássica do direito penal⁹. Como mencionado anteriormente, o Estado Absolutista fundamentava seu direito de punir na pessoa do monarca, a figura da divindade superior na terra. Em contraposição a esta ideia vigente à época, Beccaria vai difundir, a partir de ideais da filosofia do iluminismo francês, os fundamentos do direito penal moderno: o direito penal com a finalidade de prevenir a prática de novas condutas delituosas e garantir a liberdade dos

⁶ Beccaria, Cesare. Dos delitos e das penas; Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio Evaristo de Moraes. - 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015. pg. 55.

⁷ Foucault, op cit. p. 73

⁸ Rusche, Georg e Kirchheimer. Punição e Estrutura Social. 2ª ed. 2004. Rio de Janeiro. Editora revan

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral - arts. 1º a 120. 28ª ed.. - São Paulo: SaraivaJur, 2022, pg.100.

indivíduos em razão do arbitrário poder estatal. Os fundamentos desenvolvidos pelo autor, vai se basear no contratualismo pelos seguintes fatores:

As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra. Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. [...] Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores da lei.¹⁰

Nasce assim o *ius puniendi* na obra de Beccaria, postulado que viria a ser defendido por tantos outros autores séculos depois.

1.1 - BECCARIA E O DIREITO DE PUNIR

O italiano Beccaria, também, em *Dos delitos e das penas* vai trabalhar, porque não desenvolver, os princípios norteadores do direito penal moderno, como por exemplo o importantíssimo princípio da legalidade, pois a partir do ideal contratualista Beccaria vai entender que apenas a lei pode prever crimes e determinar sanções. Beccaria vai rechaçar a aplicação da pena de morte em períodos normais, ou seja, fora da guerra, entretanto, como já ficou demonstrado até aqui, é forte legitimador da pena de prisão como apresenta o seguinte trecho:

Por conseguinte, só necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do restante. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir.¹¹

O Marquês de Bonesana, ao legitimar o direito de punir e, consequentemente, a imposição da pena privativa de liberdade, o faz, pois acredita que “os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”¹². Trata-se aqui de maneira embrionária da chamada teoria da prevenção geral negativa da pena, pois acredita que a pena teria um poder dissuasório em relação aos indivíduos da sociedade. Estes ideais defendidos por Beccaria se perpetuaram no tempo, de maneira que seus fundamentos são defendidos até os dias de hoje nas disciplinas de direito penal, sobretudo

¹⁰ BECCARIA, op. cit. p. 22

¹¹ ibid. p. 23.

¹² ibid, p. 5

a ideia de que o Estado possui o direito de realizar a imposição de uma pena privativa de liberdade ao indivíduo.

Em razão do desenvolvimento dos ideais defendidos pelos pioneiros da reforma que, em certa medida, estavam preocupados em delimitar o poder punitivo vigente à época, e a aderência dessas ideias na sociedade europeia, surge, assim, a chamada “racionalidade penal moderna”. Por toda lógica colonizadora dos países europeus, essa teoria ou a chamada modernidade europeia ganha força sob os corpos de pretos africanos, indígenas latino-americanos, vítimas da sanha colonizadora e genocida dos países da Europa, de maneira que houve um apagamento das histórias e vivências do povo latino-americano e dos afro-americanos. Nesse sentido,

para compreender a recepção da racionalidade penal moderna no continente latino-americano e no Brasil, em especial, é essencial lembrar que a modernidade europeia se funda sob os cadáveres de indígenas e negros, vitimados por matanças organizadas, visando seu apagamento cultural, fenotípico, negando sua condição humana. estes grupos humanos são tidos como peças substituíveis da máquina capitalista. O ser humano, por esta óptica, é menos do que uma coisa, não se constrói uma relação de uso dos corpos tão somente, o que se vê é um modo de dominar de forma completamente oposta à dignidade, o que sobressai é a violência destruidora de tudo que importa ao ser humano pelo fato de ser¹³

O discurso da “racionalidade penal moderna” é frutos dos ideais iluministas do século XVIII, bem como o responsável por legitimar a pena de prisão tal qual encontra-se hoje. A naturalização da pena advém dessa corrente “filosófica”. Como já mencionado, a incorporação desse discurso em terras latino-americanas se dá nos *modus operandi* do processo de colonização, de maneira que foi imposta às sociedades aqui presentes.

Por este motivo, as teorias legitimantes do poder punitivo ganharam aderência na sociedade brasileira, de maneira que a intelectualidade brasileira em matéria penal é completamente influenciada, em sua grande maioria, pelos discursos propagandeados no continente europeu, de maneira que muitas das teorias lá desenvolvidas foram recepcionadas e aplicadas pelo direito penal brasileira acriticamente.

Os autores brasileiros, em sua maioria, desde os mais antigos até os mais vendidos, propagam a ideia de um direito penal subjetivo, de maneira que abraçam o ideal defendido por Beccaria e, conseqüentemente, acabam por aderir o discurso da “racionalidade penal moderna”

¹³ Fernandes Fonseca, Daniel. Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade. Capítulo V, p.117 - 138. XVI Revista do CEPEJ

visto que defendem a existência de um direito de punir vinculado ao poder estatal, legitimando, portanto, a imposição de pena.

Cezar Roberto Bitencourt, um dos autores mais lidos, aduz em seu “Tratado de Direito Penal, volume 1, parte geral”

o *Direito Penal subjetivo* emerge do bojo do próprio Direito Penal objetivo, constituindo-se no direito de castigar ou *ius puniendi*, cuja titularidade exclusiva pertence ao Estado, soberanamente, como manifestação do seu *poder de império*. O Direito subjetivo, isto é, o direito de punir.¹⁴

Verifica-se, portanto, que o autor acaba por legitimar a ideia defendida por Beccaria e pela teoria da racionalidade penal moderna, uma vez que estes vão trabalhar com a ideia de um direito de punir posto, isto é, um direito de punir natural. Não há, por parte desses autores, qualquer análise mais detalhada a respeito do desenvolvimento do direito penal subjetivo, isto é, o direito de punir.

Para além desses autores anteriormente citados, há no Brasil grandes doutrinadores que irão trabalhar de maneira crítica os postulados do direito de punir. Nesse sentido, o penalista brasileiro Aníbal Bruno, em uma breve análise acerca do suposto direito penal subjetivo afirma que “alguns autores viram nessa função estatal da luta contra o crime um Direito Penal subjetivo, cujo titular seria o Estado”¹⁵. O autor vai trabalhar o *ius puniendi* como a faculdade do Estado de impor uma sanção penal contra os criminosos em nome da defesa social contra a práticas de condutas criminosas. Apesar de conceituar a respeito desse suposto direito de punir, Aníbal Bruno entende e defende que o exercício da justiça penal se dá através do poder soberano do Estado, a ideia de um poder de punir; poder esse que é verificado por meio da lei penal positivada no ordenamento jurídico infraconstitucional, que tem como objetivo precípua assegurar o controle da organização social. O autor pernambucano, acredita que reduzir o poder de punir do Estado a um mero direito subjetivo “falsifica a natureza real dessa função e diminui a sua força e eficácia, porque resolve o episódio do crime apenas em um conflito entre direitos do indivíduo e direitos do Estado”¹⁶. Portanto, retornando o questionamento anterior, partindo do suposto direito de punir, o indivíduo tem obrigação/dever de se submeter a uma pena? Para Aníbal Bruno esta lógica é

difícil de acomodar-se à realidade da atuação da Justiça Penal. Se o poder do Estado de assegurar as condições de vida social não pode ser equiparado a um direito

¹⁴ Op. cit., pg 48.

¹⁵ BRUNO, Anibal. Direito Penal. Tomo 1. Editora Forense. pg. 33

¹⁶ Ibid. p. 35

subjetivo, menos ainda a submissão do réu à pena pode ser tomada como cumprimento de uma obrigação jurídica.¹⁷

Compartilhando dos ensinamentos de Bruno, podemos concluir que falar em direito de punir é equivocado, visto que as consequências advindas desse direito são indemonstráveis na prática e não encontram qualquer sentido lógico. Sobretudo, uma vez que o Estado é incapaz de garantir, ou seja, efetivar direitos sociais que são esperados pelos cidadãos.

O direito de punir, como bem aponta Raúl Zaffaroni¹⁸, nada mais é que uma ficção que tem como pressuposto o paradigma contratualista, bem com a ideia de organismo social, que ao fim ao cabo terá um viés utilitarista. De modo que a organização social terá mais relevância que a célula, entenda-se célula como maioria que não detém o poder e menos ainda status quo. O direito penal, principalmente, o direito de punir sempre foi incapaz de operar com dados concretos da realidade, razão pela qual produz idealismo de diversas vertentes.

De encontro à lógica do autor italiano, Cesare Beccaria, e contrariando inúmeros autores brasileiros, mas dividindo os ensinamentos de Aníbal Bruno, o ilustríssimo professor Nilo Batista vai defender que o Estado não detém o postulado do *ius puniendi*

Em nossa opinião, corresponde à teoria do processo compreender, seja enquanto interesse de agir, autônomo ou ínsito na própria acusação, como quer Grinover, seja enquanto conteúdo necessário da ação penal, diante do princípio da jurisdição, a natureza e funções dos deveres do Estado com relação aos crimes cometidos, e sua articulação instrumental. **Mas um jus puniendi, um direito subjetivo do Estado de punir, isso não existe; o que existe é um poder punitivo, que toca ao direito penal controlar.**¹⁹²⁰

Portanto, partindo do entendimento do Professor Nilo Batista²¹, que será o norte desse trabalho, bem como dos ensinamentos do penalista Aníbal Bruno, o Estado não possui um

¹⁷ Ibid. p. 35

¹⁸ ZAFFARONI, Raúl. Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. - Rio de Janeiro: Revan, 1991, 6ª edição, agosto 2021. p. 57.

¹⁹ grifo nosso.

²⁰ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. - 12ª edição, revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Revan, 2011. 7ª reimpressão, agosto de 2022. p. 107

²¹ A respeito do tema, em aula inaugural dos cursos da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor Nilo Batista proferiu uma palestra, dia 25 de setembro de 2013, que depois virou texto e capítulo do livro “Capítulos de Política criminal” intitulada “Penas de um penalista”. Apesar de relativamente grande é extremamente necessário para compreensão do pensamento do professor a respeito do tema. “Desde logo, se o Estado está compelido a observar estritamente as normas da lei penal e da lei processual penal (e sem isto não existe Estado de direito), como extrair desta vinculação uma faculdade? E quem conseguisse essa proeza, a qual obrigação se correlacionaria ela? Existirá uma obrigação do réu de submeter-se à pena? O fato da mera fuga do condenado ser impunível aponta em sentido contrário! A noção de direito subjetivo, utilíssima na presença de um credor e um devedor obrigacional, fracassa por completo nessa transição autoritária para o direito penal. Um dos primeiros juristas a questionar duramente o *ius puniendi* foi nosso Tobias Barreto. Em sua investigação acerca dos fundamentos do direito de punir, o genial sergipano encontrou um ato de força cuja natureza jurídica ele comparou com a da ... guerra. O mestre pernambucano Aníbal Bruno, na metade do século XX, posicionou-se vigorosamente contra a existência desse estranho direito subjetivo, e tal posição começa a ver-se endossada entre

direito subjetivo de punir, o que se verifica é um *postesta puniendi*, o poder estatal de infringir a imposição de uma pena ao particular. Para André Giamberardino, Defensor Público do Estado do Paraná, o poder de punir advém da relação contratual entre o Príncipe e a sociedade, conforme trecho a seguir:

O poder de punir é deduzível da fundação contratual da relação entre Príncipe e sociedade civil; o pacto original desta relação determina o conteúdo dos interesses gerais a serem protegidos e sua hierarquia, indicando também, ao mesmo tempo, os bens sacrificáveis em nome do interesse geral²²

Como se observa, diferentemente do direito de punir, o poder de punir está posto. A ideia de um direito de punir não se adequa ao que se espera de um estado democrático de direito que tem como um dos seus princípios basilares a legalidade.

Os fundamentos do direito de punir séculos depois são os mesmos apresentados pelo Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, que partiu de ideais humanísticos/iluministas, entretanto, esses fundamentos não evoluíram, de maneira que seus defensores utilizam dos mesmos argumentos levantados por Beccaria a época da oposição ao Antigo Regime.

Com a sistematização do direito de punir, vai emergir as teorias que servem de fundamentos da pena. É a partir do surgimento da pena como meio de punição e, conseqüentemente, a evolução dessa forma de punição que vai se fundar pena privativa de liberdade. Uma vez fincada a PPL como forma de imposição de pena, surgem inúmeras teorias, que não são objeto de análise deste trabalho, e discursos de fundamentação e justificação, mas que mais a frente serão brevemente analisadas.

1.2 - A CRENÇA NA PENA

A ideia de imposição de pena não é uma construção recente, isto é, da idade média ou contemporânea, pelo contrário. Obviamente, a pena não se dava nos moldes do presente, como já ficou demonstrado até aqui. Entretanto, a incidência de uma pena ao indivíduo que desviou

a nova geração de penalistas brasileiros. Tobias Barreto foi procurar o *ius puniendi*, mas o que encontrou foi uma potestas puniendi expressa num conjunto de atos de poder orientados à execução penal. O que existe, sim, é o poder punitivo, que se manifesta a partir da agência política do sistema penal (o Congresso Nacional quando legisla em matéria criminal), se veicula nos procedimentos de criminalização secundária das agências policiais e judiciárias, e finalmente se realiza nas agências executórias. Nesse confronto dialético, enquanto o poder punitivo tende a alastrar-se - seja pelo vigilantismo, seja pela criminalização do cotidiano, seja pela espiral ilimitada das escalas penais etc. - o direito penal tende a contê-lo, para preservar o Estado de direito, sempre que constata alguma ilegalidade, alguma inconstitucionalidade ou alguma irracionalidade. Fiquemos por aqui. **Não existe e nunca existiu este diáfano *ius puniendi*, que mal consegue esconder seu cerne bruto real: o poder punitivo.**

²² Massimo, Pavarini. Giamberardino, André. Curso de penologia e execução penal. 2. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2022. p. 114.

do que era esperado pela sociabilidade remonta antiguidade e, sobretudo, aos dogmas religiosos. Para tanto, ao analisar alguns versículos bíblicos, percebe-se que há uma forte relação entre o pecado e o castigo, a conduta criminosa e a pena.

Há a todo tempo na bíblia sagrada inúmeros versos que fazem alusão a imposição de um sofrimento por parte de Deus para os fiéis que de alguma maneira transgrediram seus dogmas. Tomemos como exemplo

Todos aqueles que pecam sem conhecer a lei de Deus se perderão sem essa lei; mas todos aqueles que pecam conhecendo a lei serão julgados por ela.²³

Aquele que derramar sangue humano, por mão de homem será derramado o seu; porque o homem foi feito a imagem de Deus.²⁴

Percebe-se, portanto, que há uma forte relação entre a crença na punição e a crença religiosa, bem como uma ideia de punição enquanto vingança. O pensamento retributivo, isto é, aplicação de pena conforme o mal causado é tão antigo quanto a ideia de pena. Essa relação de pena e pecado remonta a origem das palavras, a expressão “pena” é oriunda do latim *poena* que significa castigo, expiação, suplício; já pecado, por sua vez, tem origem do latim *peccātum* que significa falta, culpa, delito, crime. Portanto, sempre houve uma relação entre a ideia de pena e castigo.

Para além da questão religiosa, que tem sua relevância em uma sociedade como a brasileira, outro fator extremamente relevante para fortalecer a crença na imposição de uma pena, sobretudo, a privativa de liberdade, é a disseminação do medo. Em uma sociedade estratificada, isto é, composta por camadas sociais completamente opostas e complexas, a propagação do medo é de fácil absorção, principalmente quando há uma mídia²⁵ que corrobora e contribui para tal disseminação. A difusão do medo é recorrente na história do Brasil, não seria diferente no que diz respeito à pena privativa de liberdade. A propagação do medo é um mecanismo justificador e, por que não, legitimador das políticas autoritárias de controle social presente no Brasil²⁶. Para Maria Lucia Karam, a publicidade massiva relacionada ao sentimento de medo

²³ Bíblia, Livro de Romanos, capítulo 8, versículo 5.

²⁴ Bíblia, Livro de Gênesis, capítulo 9, versículo 6.

²⁵ BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.

²⁶ BATISTA, Vera Malaguti. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. - Rio de Janeiro: Revan, 2003. 3ª reimpressão, agosto de 2021. p. 51.

Cria o fantasma da criminalidade, para, em seguida, “vender” a ideia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados.²⁷[...] a publicidade do sistema penal, trabalhando com esta falsa ideia que reduz violência à criminalidade convencional, explora o medo, criando um clima de pânico, de alarme social, a que costuma se seguir um crescimento da demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas, clima este que desencadeia e é alimentado pelas chamadas campanhas de lei e ordem²⁸.

Com esse sentimento impregnado na sociedade e a sensação de insegurança, a sociedade se apega na crença que é dever do Estado infringir uma pena ao cidadão que realizou um comportamento considerado como criminoso. Nesse momento, pode-se inferir que há disseminação no corpo social das supostas teorias legitimantes.

Como já mencionado, a ideia de pena sempre esteve presente na sociedade de maneira que para muitos se tornou algo natural, ou seja, inerente à sociabilidade. Assim, como a pena, a ideia de crime remonta a idade média. Além de ambos os conceitos estarem ligados pela sua perpetuação no tempo, a ligação é ainda mais profunda. Nas sociedades contemporâneas o crime está totalmente ligado à imposição de uma pena, isto é, nessa quadra histórica, não há que se falar em realização de uma conduta considerada como delitiva e não sofrer qualquer tipo de sanção penal. Émile Durkheim, a partir do olhar da criminologia estrutural-funcionalista²⁹, vai trabalhar com a ideia de que a conduta desviante é inerente à vida em sociedade. Em certa medida, o autor naturaliza que o crime vai e deve estar presente na sociedade, contudo, apesar de não ser aludido de maneira expressa pelo sociólogo, ele não é defensor da não aplicação de uma sanção penal. Verifica-se a afirmação anterior a partir do conceito de anomia desenvolvido pelo sociólogo, pois este acredita que a sociedade chegaria ao estado de anomia em situações em que as práticas delituosas começam a se dar de maneira desenfreada, ou seja, sem controle.

A pena sempre esteve e ainda encontra uma relação direta com a prática de uma conduta desviante. Nessa relação, é possível verificar o processo de criminalização trabalhado pela teoria do Labeling Approach, visto que se materializa a criminalização primária, a eleição das condutas desviantes pelas instâncias competentes para tal, e posteriormente, dando um salto, a criminalização terciária³⁰, isto é, a execução da pena prevista quando dá escolha da conduta desviante.

²⁷ KARAM, Maria Lúcia. De Crimes, Penas e Fantasias. – Niterói, RJ: Luam Ed., 1991. p. 201

²⁸ Ibid. p 198.

²⁹ DURKHEIM, 1968, p. 65, apud BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 6ª Edição, outubro de 2011. 8ª reimpressão, julho de 2021.

³⁰ ibid. p. 90

1.3 – TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA.

A partir da crença internalizada na sociedade, sobretudo a brasileira, objeto desta análise, vai se consolidar as teorias que buscam legitimar e justificar a imposição de uma pena privativa de liberdade, quais sejam: A pena como retribuição, a pena como prevenção geral e a pena como prevenção especial. É preciso fazer uma breve descrição e análise de cada uma das ditas funções declaradas da pena. Giamberardino vai aduzir que na modernidade a pena se justifica por ter como objetivo a prevenção, de maneira que “prevenção geral se persegue o fim de impedir a coletividade de delinquir, na prevenção especial se quer evitar a reincidência de quem violou a lei penal”³¹

1.3.1 – PREVENÇÃO GERAL

A ideia de prevenção geral, que se subdivide em prevenção geral positiva e negativa, vai trabalhar através de uma lógica de dissuasão a fim de que o indivíduo se submeta às leis do estado, portanto, o seu objetivo imediato é a evitar que particular cometa um desvio. A prevenção geral negativa acredita que ao ameaçar o cidadão com a imposição de uma pena, o referido se sentirá desestimulado a praticar um delito.³² Essa teoria busca frear o ímpeto criminoso dos possíveis delinquentes através do temor a sanção penal. Para Zaffaroni, a prevenção geral negativa “tomada em sua versão pura, pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados a fazê-los”³³. Salo de Carvalho aponta que, uma vez “centrada nas ideias de proporcionalidade, necessidade e culpabilidade, a pena adquire uma finalidade intimidatória, pois o exemplo aplicado ao infrator seria o meio necessário para constranger o corpo social a não incorrer na mesma conduta”³⁴

Busca-se, ao fim e ao cabo, com tal teoria a dissuasão dos cidadãos por meio da aplicação da lei penal ao indivíduo considerado como criminoso, bem como evitar que o referido volte novamente a delinquir. Portanto, a teoria da prevenção geral negativa busca trabalhar a partir do método dissuasório. Nesse sentido, para Feuerbach

O objetivo da cominação legal da pena é a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. A finalidade de sua aplicação é de dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem sua aplicação haveria lacuna (seria ineficaz). Se a lei intimada todos os cidadãos e a execução deve da efetividade à lei, o objetivo mediato (ou final) da pena é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos através da

³¹ Massimo, Pavarini. Giamberardino, André. Curso de penologia e execução penal. 2. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2022. p. 117.

³² CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 459

³³ ZAFFARONI, ibid, p. 117.

³⁴ CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal brasileiro. 3. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 83.

lei. Se a lei intimida todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade à lei, o objetivo mediato (ou final) da pena é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos através da lei³⁵

Não há na teoria de prevenção geral negativa qualquer valoração moral, é uma teoria de coação psicológica, isto é, o seu fundamento é a suposta capacidade que o indivíduo teria de ponderar as consequências da sua conduta e, portanto, optar por agir conforme a lei ou transgredi-la. Contudo, essa teoria é extremamente perigosa enquanto escolha político-criminal, uma vez que ao se acreditar que a dissuasão parte de auto ponderação do agente em razão do preceito secundário do tipo penal, há uma possibilidade que os agentes estatais realizem um aumento constantes nas penas. Para Francesco Carrara,

acarreta um aumento constantemente progressivo das penas, pois a prática do delito, ao demonstrar de maneira positiva que o culpado não sentiu temor pela sanção, conduz ao convencimento de que para impor temor às pessoas é necessário aumentá-la³⁶

Ao observar o processo legislativo brasileiro, sobretudo, o desenvolvimento das leis penais, é possível verificar a afirmativa do autor italiano. A título de exemplificação, está tramitando na Câmara dos Deputados projeto de Lei de nº PL 4266/23 que prevê o aumento da pena do crime de Feminicídio saindo de uma escala de 12 a 30 anos de reclusão, para 20 a 40 anos de reclusão. Segundo a relatora do PL, Deputada Gisela Simona a “medida reforça o combate a esse crime bárbaro”³⁷

A referida teoria pode gerar um aumento considerável da rigidez penal através do aumento progressivo das cominações legais, pois acredita-se que quanto maior a pena, mais persuadido a não cometer uma conduta desviante será o cidadão. Porém, há uma questão que deve ser colocada em debate, qual seja: qual a relação entre a imposição de uma pena e a contração das práticas criminosas? Tal questionamento é simples de responder. Não há qualquer dado empírico capaz de demonstrar uma relação cabal entre a aplicação da sanção penal e a diminuição das práticas desviantes. O professor Salo de Carvalho aponta que um dos problemas desse modelo dissuasório, a prevenção geral negativa, é justamente “a falta de instrumentos idôneos que permitam demonstrar a existência de uma relação factível entre a existência das sanções e o não cometimento de delitos”.³⁸ Para tal, basta analisar os dados referentes a população carcerária mundo afora. Países como Brasil, Estados Unidos e China, países esses

³⁵ FEUERBACH, Tratado de Derecho Penal, p. 61, apud CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal brasileiro. 3. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 87 e 88.

³⁶ CARRARA, Programa de Derecho Criminal, p. 69. 1874 apud CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal brasileiro. 3. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 85.

³⁷ Disponível em: Agência Câmara de Notícias. <https://www.camara.leg.br/noticias/1096303-camara-aprova-aumento-da-pena-de-feminicidio-para-ate-40-anos>. Acesso em 12 de setembro de 2024.

³⁸ Ibid. p. 88.

que possuem um forte combate ao crime e, conseqüentemente, uma severidade nas penas, estão entre os países que mais encarceram no mundo. A relação mais pena e menos crime é indemonstrável.

Espera-se, portanto, com tal teoria que, ao se deparar com cominação legal de um tipo penal, o indivíduo se sinta dissuadido a não realizar a conduta delitiva, ou seja, espera-se que o agente aja conforme os ditames do direito, isto é, que não contrarie a norma penal.

Diferentemente da prevenção geral negativa, a prevenção geral positiva não busca dissuadir o cidadão através do medo, contudo, entende que, na perspectiva de Jakobs, a função da pena é assegurar a validade da norma penal contrariada.³⁹ Para Juarez Cirino, seria a teoria na visão de Jakobs, um mero “exercício de confiança na norma”⁴⁰. Nilo Batista e Zaffaroni aduzem que a prevenção geral positiva trabalhada por Jakobs “pretende reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social, a fim de que este possa superar a desnormalização provocada pelo conflito”⁴¹. Sob o olhar do doutrinador alemão, a prevenção geral positiva teria como norte realizar a assimilação da norma penal no corpo social. A pena aqui tem a função de legitimar a norma penal, por conseguinte, legitimar a imposição da pena. Contudo, sob o olhar do, também, doutrinador alemão Claus Roxin, a prevenção geral positiva tem na pena a ideia de proteção de bens jurídicos preestabelecidos pelo Estado⁴². A conduta desviante, para essa teoria, não é somente uma afronta a ordem social vigente, é também afronta ao direito enquanto norma. Para Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer, o maior problema dessa teoria

está na tentativa de dispor o ser humano em segundo plano. Atrás da norma, que é um elemento abstrato. Ou seja: proteger a norma seria mais importante do que tentar proteger os bens jurídicos das pessoas (vida, integridade física etc.). Não bastasse a ineficiência do poder prisional em assegurar tais bens, pois ele geralmente atua depois que eles já foram ofendidos, a prisão de uma pessoa subordina-se à defesa de uma mera letra estampada sobre um papel (legislação penal). É dizer, a liberdade de uma pessoa valeria menos que um documento. A prisão seria o ápice de veneração a um dever, ainda que cego, fora de propósito, sem sentido e justo.⁴³

Portanto, para teoria geral positiva o objetivo final é a manutenção da norma, o respeito a vigência da norma penal.

1.3.2 – PREVENÇÃO ESPECIAL

³⁹ Jakobs, Strafrecht, 1993, apud, Cirino dos Santos, 2022, p. 460.

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 461

⁴¹ ZAFFARONI, op.cit., p. 116

⁴² Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, 1997, apud, Cirino dos Santos, 2022, p. 460.

⁴³ GENELHÚ, Ricardo. SCHEERER, Sebastian. Manifesto para abolir as prisões. – 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 151 e 152.

Ainda nas teorias legitimantes tem-se, também, a ideia de pena como prevenção especial, teoria dominante no século XIX e XX, que se subdivide em prevenção especial positiva e negativa. Esta teoria terá aplicabilidade no momento da execução da pena privativa de liberdade, de maneira que seu foco é a pessoa do condenado, o indivíduo alvo do processo de criminalização secundária, ou seja, da seleção criminalizante, diferentemente de outros discursos legitimantes que acabam por buscar uma intimidade ao corpo social.

A pena como prevenção especial negativa vai preocupar-se com a neutralização do indivíduo criminoso, seu objetivo é evitar que o “criminoso” volte a praticar uma nova ação delitiva. Essa vertente da prevenção especial, pode, em certa medida, legitimar discursos de neutralização de certos indivíduos. Nesse sentido, o discurso de prevenção especial negativa vai ganhar força com a ideia de direito penal do inimigo desenvolvida por Gunther Jakobs. Para o autor alemão

o inimigo é quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel a norma, [...] o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. [...] Contra ele não se justifica um procedimento penal, sim, um procedimento de guerra.⁴⁴

Os discursos legitimantes vão ter como fundamento a defesa e o controle social em sociedades marginais, marcadas por narrativas bélicas, em que indivíduos são estigmatizados como inimigos da sociedade, a prevenção especial negativa pode em certa medida cumprir com a função de eliminar esses corpos. Essa teoria não vai atuar de maneira exclusiva, para Nilo Batista e Zaffaroni⁴⁵, a função de prevenção especial negativa vai ser colocada a prova em conjunto com a prevenção especial positiva, aliás, os autores entendem que quando as teorias “re”, que serão explicadas a seguir, falham, busca-se a eliminação e neutralização dos indesejáveis. Portanto, há quem defenda que a prevenção especial negativa tem sua incidência durante a execução da pena, como é o caso do professor Juarez Cirino dos Santos, pois para este

a prevenção especial negativa de neutralização do condenado parece indiscutível: a incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão - assim, a neutralização do condenado seria uma das funções declaradas cumpridas pela pena criminal.

⁴⁴ JAKOBS, Gunther., MÉLIA, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.39

⁴⁵ ZAFFARONI, Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal - Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 4ª reimpressão, outubro 2019. p.127.

De acerta maneira, o discurso desenvolvido pela prevenção especial positiva possui uma certa afinidade com a teoria explicada anteriormente, visto que ambas vão ser “aplicadas” na execução penal. A prevenção especial positiva é fundamentada em uma lógica de correção do cidadão desviante. Acredita-se que o indivíduo pode ser corrigido, ajustado por meio da imposição de uma pena.

É na prevenção especial positiva que vão surgir as chamadas teorias “re”. Seu objetivo precípua é realizar o aperfeiçoamento do desviante. Seguindo esse raciocínio, a criminologia positivista desenvolveu a ideia de crime e criminoso a partir de método indutivo,⁴⁶ de maneira que a conclusão de Enrico Ferri, dentre os tipos de criminosos elencados pelo autor, haveria o criminoso louco, indivíduo que, em razão de sua deficiência mental e psicológica estaria mais sujeito ao cometimento de um crime.⁴⁷ Outro autor, também oriundo do pensamento da criminologia positivista, Raffaele Garofalo, vai desenvolver seu trabalho a partir da ideia de que a conduta criminosa advém de uma inaptidão moral do indivíduo, ou seja, um defeito do criminoso no âmbito da moral, portanto o criminoso possui um desajuste moral. Por haver essa busca de reformar moralmente o indivíduo, a sanção penal sob o viés da prevenção especial positiva vai adquirir nas palavras de Salo de Carvalho um “sentido essencialmente profilático (medicinal), pois o *homo criminalis*, o objeto de intervenção do controle social formal, constitui-se como um indivíduo deficitário”.⁴⁸ Os autores da criminologia positivista não vão trabalhar o delito como um ente jurídico, ou seja, uma construção abstrata. Para esses autores o crime é uma questão ontológica do ser, uma característica natural ao indivíduo.

Essas teorias pavimentaram as chamadas teorias “re”, de maneira que se passa a acreditar que o criminoso sofre de alguma degenerescência moral e psicológica e, portanto, cabe ao Estado pai, realizar, assim, o seu aperfeiçoamento. As ideologias re acreditam que a pena tem o papel de reinserção, reeducação, ressocialização, reincorporação, repersonalização, reindividualização e reincorporação. Como a prática de uma conduta delituosa surge de um defeito do indivíduo, portanto, segundo Zaffaroni, “o Estado, conhecedor do que é benéfico, deve modificar o ser da pessoa e impor-lhe seu modelo de humano.”⁴⁹ Sendo a sociedade um corpo social, em caso de células imperfeitas, células que desvirtuam a lógica e tranquilidade

⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Criminologia: Contribuição para crítica da economia da Punição. 1ª ed. Tirant Lo Blanch: 2021. p. 27

⁴⁷ Ibid. CIRINO DOS SANTOS, p. 26. Op.cit. BARATTA.

⁴⁸ Op. cit. CARVALHO, 2020. p. 88.

⁴⁹ ZAFFARONI, op. cit., p. 127

social, cabe ao estado, em nome do interesse da defesa e controle social, realizar a readaptação dos dissidentes na sociedade.

A partir do ponto de vista apresentado por esta teoria, cabe olhar a respeito da capacidade de ressocialização das unidades carcerárias, posteriormente tal análise será realizada com um olhar específico das unidades prisionais brasileiras, visto que não faz sentido encarcerar para posteriormente socializar, ou seja, enclausurar para ensinar uma pessoa a viver em sociedade.

A crença na imposição de uma pena, bem como os discursos legitimantes incorporados na sociedade que fizeram com que o Brasil tenha hoje uma das maiores populações carcerárias do mundo. Como demonstrado, o desenvolvimento do medo contribui sobremaneira a aflorar os sentimentos mais primitivos dos seres humanos, de modo que a pena vira algo necessário para a sociabilidade. Apesar da evolução dos métodos de imposição de pena, nas palavras de Foucault “o corpo se encontra aí em posição de um instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção pelo enclausuramento visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem”⁵⁰. O direito de punir, defendido por inúmeros doutrinadores, é em última análise o direito que o estado tem de infringir dor aos seus cidadãos.

1.3.3 – A PENA COMO RETRIBUIÇÃO

Para além das teorias já apresentadas, há, também a ideia da imposição de uma pena como retribuição ao mal praticado. Esta teoria está umbilicalmente ligada ao imaginário do contrato social, uma vez que o delito nada mais é que o rompimento com este contrato, logo, a pena seria o castigo para o cidadão que rompe com este contrato. Em seu livro “Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro”, Salo de Carvalho vai apresentar duas vertentes a respeito das teorias absolutas das penas, quais sejam: o retributivismo Kantiano e o retributivismo hegeliano. O Professor aponta que, na visão de Immanuel Kant, a lei penal seria uma espécie de imperativo categórico, por este motivo, em caso de descumprimento da lei, o cidadão deveria sofrer uma sanção penal, ou seja, receber uma pena. Ainda de acordo com o professor, não cabe neste modelo, apresentado pelo filósofo, uma ideia utilitarista da pena. A pena, portanto, funcionaria como uma retribuição a partir da culpabilidade do indivíduo, não possuindo qualquer objetivo social, ou seja, não havia nenhuma finalidade além do próprio criminoso.

⁵⁰ FOUCAULT, op. cit. p. 15

Já o retributivismo de Hegel terá seu aporte direcionado para seara jurídica, de maneira que entende ser necessário a imposição da pena a fim de assegurar a reestruturação do direito transgredido. Para tanto “a violência da pena corresponderia àquela violência perpetrada contra o ordenamento jurídico. O delito, portanto, por configurar lesão ao direito, deveria ser neutralizado por meio de uma força correspondente”. Depreende-se que nessa visão, o crime seria uma negação ao direito, isto é, uma violação ao próprio direito. Não é preciso um salto lógico para verificar que a teoria da retribuição, seja na perspectiva de Immanuel Kant ou na de Hegel, é semelhante a ideia trazida pela lei de talião.⁵¹

1.3.4 – TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DE JUSTIFICAÇÃO

Com o avanço do tempo e, conseqüentemente, da modernização das teorias vigentes, bem como do surgimento da criminologia crítica, criminologia esta que irá buscar entender os processos de criminalização e quem são os indivíduos objetos desse processo, a teorias que buscam justificar a imposição da pena privativa de liberdade acompanham tal avanço. Esse avanço se dá em razão da fulcral crise de legitimidade das penas, razão pela qual, teóricos, buscam readequar as teorias ao contexto material da sociedade contemporânea. Contudo, como se verá, tal readequação não se mostrou capaz de efetivamente solucionar a questão da pena na sociedade do século XXI. Importante sinalizar que as teorias contemporâneas, em certa medida, realizam a junção de teorias já existentes, ou seja, teorias unificadoras. Nas palavras de Salo de Carvalho, os discursos unificadores acreditam que dessa maneira é possível anular as lacunas e contradições parciais das teorias individuais, (re)estabilizando a estrutura punitiva.⁵²

Porém, nota-se, ao observar a realidade, que tais teorias são incapazes de anular suas lacunas e contradições, como apontou o Professor Salo de Carvalho. Aliás, criam um outro problema, fomentam arbitrariedades interpretativas por parte dos magistrados, visto que cabe a este escolher qual função a pena terá no caso concreto. Nilo Batista e Zaffaroni apontam que essas unificações de funções [...] “em matéria de pena são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as abjeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso”.⁵³

⁵¹ ZAFFARONI, Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal - Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 4ª reimpressão, outubro 2019. p.115.

⁵² CARVALHO, op. cit. 2020. p. 143

⁵³ ZAFFARONI, op. cit. 141

Dentre as teorias de unificação cabe destaque para duas, quais sejam: teoria garantista da pena, fundada por Luigi Ferrajoli, e a teoria unificadora elaborada por Claus Roxin, extremamente influente no penalismo contemporâneo. A teoria do alemão Claus Roxin, parte exclusivamente das teorias de prevenção geral e especial, isto é, o autor vai defender a capacidade da pena de prevenir os delitos em razão da proteção da liberdade individual e uma ordem social a seu serviço.⁵⁴ Acredita, ainda, que imposição da pena tem condão de evitar a prática delitiva por meio de persuasão ao indivíduo tanto quanto a coletividade. Portanto, para a esta teoria, a pena tem de maneira concomitante objetivos de prevenção geral e especial. Com a finalidade de reduzir a atuação punitiva do estado, Roxin acrescenta a culpabilidade neste discurso, visto que ninguém deverá ser punido para além da sua culpa. Nesse sentido, leciona Patrick Cacicedo "a duração da reprimenda jamais poderia ultrapassar a medida da culpabilidade, ainda que haja algum interesse de tratamento, segurança ou intimidação a justificar uma pena mais longa"⁵⁵.

Por sua vez, a teoria garantista da pena, fundada a partir dos postulados do italiano Luigi Ferrajoli, parte de premissas utilitarista e que ao fim e a cabo, irão legitimar a imposição da pena de prisão. Ferrajoli, em seu célebre livro *Direito e Razão*, vai apresentar brocados que buscam conter e trazer um verniz de legitimidade para a atuação do sistema de justiça penal. Seguindo a mesma lógica está a teoria garantista da pena, que nas palavras do Professor Salo de Carvalho “é exposta na expressão “máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante”.⁵⁶ O autor italiano vai trabalhar com uma perspectiva minimalista do direito penal, ao passo que legitima a imposição da sanção penal, contudo, o faz dentro dos limites constitucionais e respeito aos direitos humanos. O modelo garantista penal visa a prevenção dos delitos, bem como a anulação de castigos autoritários, ao passo que no momento do crime se busca proteger a vítima, e o réu durante a persecução penal. Em suma, com esta teoria, Ferrajoli busca reprimir a prática de ilícitos penais e ao mesmo tempo que, uma vez cometidos, as sanções se dessem de maneiras adequadas. A respeito da postura minimalista já atribuída ao autor, a teoria garantista da pena seria “um limite formal ao poder punitivo estatal”⁵⁷

⁵⁴ CACICEDO, Patrick. *Pena e Funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva*. – 1º ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 59

⁵⁵ Ibid. 60.

⁵⁶ FERRAJOLI, Diritto e Ragione, p. 315. Apud CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal brasileiro*. 3. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 134.

⁵⁷ CARVALHO, op. cit. 136.

No tocante as teorias de unificação ou mistas, o art. 59 do Código Penal brasileiro aponta que para determinar a fixação da pena, o juiz deverá se ater às circunstâncias constantes no referido dispositivo para realizar como conforme o necessário a **prevenção e a reprovação do crime**⁵⁸. O artigo 59 vai consagrar a ideia da imposição de uma pena como a retribuição de um mal causado à sociedade, de maneira que o indivíduo ao praticar uma conduta não esperada pelo direito, gera uma lesão a determinado bem jurídico, se atendo aos princípios do direito penal moderno, deverá o magistrado aplicar uma pena que entenda ser suficiente para “compensar um mal com outro mal”⁵⁹. Esta teoria está ligada diretamente ao desvio cometido, de maneira que seu objetivo é fazer com que a pena aplicada seja capaz de retribuir ao infrator o “mal” gerado na sociedade.

Há inúmeras teorias que são capazes de justificar a imposição da uma pena privativa de liberdade, teorias retributivista, teorias de prevenção geral, positiva e negativa, e teorias de prevenção especial, positiva e negativa. Se buscou aqui apresentar as principais teorias, de maneira que, certamente, não foi esgotados os argumentos de cada uma. Contudo, como se verá mais adiante neste trabalho, apesar dos argumentos trazidos por cada uma dessas teorias, nenhuma delas tem sido capaz de cumprir com sua suposta finalidade. A fim de verificar a afirmativa anterior, será tomado como objeto de análise no sistema penitenciário brasileiro.

É importante ressaltar que apesar da lógica punitiva presente no Brasil, esta tem sido incapaz de cumprir com qualquer um dos seus papéis declarados, tornando, assim, a política criminal brasileira um grande fracasso, uma vez que está focada de maneira única e exclusiva nas políticas penais para realizar a defesa e controle social.

⁵⁸ grifo nosso.

⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. - 10. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. p 456

2 - O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

2.1 A CASA DE CORREÇÃO DO RIO DE JANEIRO

No capítulo anterior foi abordado o desenvolvimento da pena de prisão, bem como as teorias que a justificam. Neste capítulo, o objetivo é sair das bases teóricas e se aprofundar nos aspectos práticos não só da pena de prisão no Brasil, mas, sobretudo, no sistema penitenciário brasileiro, a fim de analisar todas as mazelas encontradas nos cárceres do país, isto é, nas masmorras brasileiras que são verdadeiros depósitos de pessoas.⁶⁰

Não se pretende discorrer de maneira cronológica o desenvolvimento da pena de prisão e do sistema penitenciário nacional. Contudo, é importante um olhar, ainda que sintético, a respeito da primeira unidade penitenciária do Brasil, a fim de que se possa entender o modelo do sistema penal ainda vigente no país. Em 6 (seis) de julho de 1851, foi instituída, pelo decreto nº 677⁶¹, a Casa de Correção do Rio de Janeiro, também conhecida como Casa de Correção da Corte, que tem sua construção determinada por meio de uma Carta Régia de 1769. O objetivo da criação dessa unidade prisional foi possibilitar a execução da pena de prisão juntamente com o trabalho do detento. O código penal de 1830 previa a pena como retribuição ao delito, e dentre as penas passíveis de aplicação estava a prisão simples com a realização de trabalho interno, nos termos do art. 46 *in verbis*: *A pena de prisão com trabalho, obrigará aos réos a occuparem-se diariamente no trabalho, que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões*. Surge assim, portanto, a primeira instituição de execução de pena no Brasil.

Com o advento do Código Penal de 1890, ou seja, primeiro Código Penal após a abolição da escravatura e igualmente, o primeiro Código Penal da mais nova república, o referido código vai trazer uma novidade em relação ao código anterior que será a aplicação do sistema progressivo de pena, bem como abolição, mediante o decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, das prisões infamantes, dentre elas, açoites, galés e a pena de morte.

O objetivo da construção da Casa de Correção era demonstrar, através, também, do sistema penal, o avanço e o progresso da sociedade brasileira, ante aos países europeus.

⁶⁰ SOZZO, Maximo. “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina. In: Sistema Penal & violência. Porto Alegre, vol. 1, nº 1, jul./dez. 2009.

⁶¹ Disponível em: <https://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/531-casa-de-correcao-da-capital-federal>

Contudo, as contradições presentes no sistema jurídico-penal brasileiro faziam com que as práticas de castigos físicos permanecessem⁶². Taiguara Libano aponta que

Pouco após sua inauguração, a Casa de Detenção passou a representar graves problemas por sua instalação num dos raios da Casa de Correção, visto que a estrutura permitia o contato direto entre os detentos e os condenados à pena de prisão com trabalho. Além disso, rapidamente atingiu elevados índices de superlotação. Em 1859, o chefe de polícia informou que haviam sido detidos 5.030 indivíduos, sendo liberados e redistribuídos 4.885, restando um contingente excessivo de 561 detentos em um estabelecimento com capacidade custodiar cem pessoas⁶³

A respeito do sistema progressivo, que apontava para diferentes estágios de cumprimento de pena até culminar no livramento condicional, como tipificado, há época, no art. 50, do CP de 1890 *in verbis*:

Art. 50. O condenado a prisão celular por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena. § 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu § 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos.

Apesar do decurso do tempo e da promulgação do Código Penal de 1932 (Consolidação das Leis penais), do Código Penal de 1940, reforma da parte geral ocorrida no ano de 1984 e da Lei de execuções penais, as duas últimas de 1984, a lógica da progressividade do cumprimento de pena têm se perpetuado no ordenamento jurídico brasileiro.

Para além dessa semelhança que têm se perdurado ao longo do tempo, a contragosto dos detentos, os problemas também seguiram a lógica anterior. Apesar de ser a Casa de Correção do Rio de Janeiro, a primeira instituição penal moderna, sendo a representação da ruptura do sistema de justiça criminal brasileiro com a lógica das penas corporais, a unidade sofria com inúmeras questões de estrutura, bem como de condições de execução da pena, de maneira que os detentos que ali restavam aprisionados sofriam com as péssimas condições da edifícios e da execução da pena em si. Nesse sentido, Luiz Dal Santo aponta que

Casa de Correção do Rio de Janeiro, primeira instituição penal moderna no país - apresentava dados extremamente distantes de qualquer ideal de "reforma" para os detentos, de modo que aproximadamente 2% dos condenados para lá enviados entre 1850 e 1869 morreram durante o cumprimento de pena, ao passo em que os

⁶² NEDER, Gisele. Iluminismo jurídico-penal luso brasileiro: Obediência e submissão. Editora Revan, 2007. p. 185

⁶³ SOUZA. Taiguara Libano Soares. A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro. - 1. ed.- Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 180 e 181.

sobreviventes, por sua vez, saíam da prisão com danos físicos suficientes para os tornarem inúteis como força de trabalho⁶⁴

Cabe uma breve contextualização, visto que a criação da primeira penitenciária brasileira se dá no momento em que a sociedade brasileira, sobretudo os estudiosos e juristas, está sob a influência do pensamento da criminologia positivista Lombrosiana, reverberada em solo tupiniquim pelo médico Raimundo Nina Rodrigues, para além disso, uma sociedade ainda totalmente solidificada sob as bases da escravidão, consequentemente do racismo em razão da recém assinatura da Lei Aurea. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE⁶⁵, apesar de muito incipientes, no início do século XX, em 1907 as prisões brasileiras possuíam aproximadamente 3.613 detentos **condenados**⁶⁶, em que brancos eram 1.276 presos, 1 amarelo e mestiços e pretos representavam 2.336 dos cidadãos condenados a uma pena privativa de liberdade.

Com o argumento trazido por Luiz Dal Santo, com a conjuntura brasileira da época e pelos dados apontados pelo IBGE, é possível chegar à conclusão de maneira objetiva que pretos e pardos, nas definições atuais do IBGE, compunham mais da metade dos apenados submetidos a uma privação no início do século XX. Cabe apontar que o objeto de análise deste trabalho não é o encarceramento de pessoas negras, porém não é possível falar em prisão no Brasil e não falar, ainda que de maneira mais objetiva, sobre o encarceramento envolvendo raça, visto que desde século passado e até a terceira década do século XXI, a população negra está “representada” por mais de 50% de toda a população presente no cárcere do país.

Diferentemente do número de presos condenados, não há dados da população carcerária integral do início do século XX com recorte de raça. Entretanto, no que diz respeito ao número de presos, na Capital do país, na época Rio de Janeiro, havia, em números totais, conforme IBGE, aproximadamente 4.079 presos durante o ano de 1909, 3.238 presos em 1910, 3.611 presos em 1911 e 3.652 presos no ano de 1912. Trata-se de números totais a respeito das pessoas presas no Estado do Rio de Janeiro nos respectivos anos e, como se sabe, há no Brasil um déficit quando se trata de pesquisa, principalmente na área das ciências criminais, logo, será impossível apontar com exatidão a população carcerária dos anos elencados.

⁶⁴ KOERNER, Andrei. “Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX”. Lua Nova, São Paulo. n. 68, 2006, p. 205-242. apud SANTOS, Luiz Dal. A punição no Brasil: Crítica do giro punitivo. - 1 ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2024. p. 155.

⁶⁵ Disponível em: Anuario estatístico do Brazil 1908-1912. Rio de Janeiro: Directoria Geral de Estatística, v. 1-3, 1916-1927.

⁶⁶ grifo nosso.

Com a criação da Casa de Correção do Rio de Janeiro, primeira unidade penitenciária do Brasil em 1851, este método de punição foi se expandindo Brasil afora. Assim, anos depois, 1922 o Brasil possuía 1.328 unidades de punição ao crime, dentre elas: 11 penitenciárias ou casas de correção; 5 casas de detenção; 1.287 cadeias; 6 Institutos disciplinares ou correcionais; 18 postos correcionais e 1 manicômio, conforme dados do IBGE.⁶⁷ Em aproximadamente 70 anos houve um crescimento considerável nos números de instituições usadas pelo estado para enclausurar os indesejáveis. Hoje, em 2024, conforme dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais - SENAPPEN, há no Brasil aproximadamente 1.387 unidades prisionais, sendo 1.382 penitenciárias estaduais e 5 penitenciárias federais. Não é um número muito diferente do que havia no século passado se considerarmos o todo.

2.2 - SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO NO SÉCULO XXI EM DADOS⁶⁸

Há inúmeras correntes que irão apontar para alta significativa nos índices do encarceramento no Brasil a partir da Ditadura militar, surgindo o que muitos chamam de superencarceramento, grande encarceramento, hiperencarceramento ou encarceramento em massa. Existem autores que irão vincular a superpopulação carcerária a política de drogas, outros vão apontar para a criação da Lei 8.072/90, Lei de crimes hediondos, outros vão apontar para forte curva que o Brasil faz ao neoliberalismo como fator que teria gerado ao superencarceramento. Contudo, há autores como Luiz Phelipe Dal Santo⁶⁹ que vão entender que o encarceramento em massa se dá em razão de circunstâncias históricas da construção do país, passando desde o Brasil colônia, até o desenvolvimento de todas as conjunturas citadas anteriormente. Como já mencionado, uma análise histórica a respeito da evolução do processo de encarceramento no Brasil é afetada pela ausência de dados estatísticos oficiais. Contudo, fato é que na década de 1980, segundo dados do IBGE, o Brasil possuía aproximadamente cerca de 141.012 mil presos em 1982, sendo 119.190 mil presos provisórios e 21.822 mil presos condenados⁷⁰, 113.188 mil presos em 1983, em que 91.028 mil eram presos provisórios e 22.090 mil presos em definitivo⁷¹, 1984 eram 123.425 mil pessoas encarceradas, sendo que

⁶⁷ Anuário estatístico do Brasil 1936. Rio de Janeiro: IBGE, v. 2, 1936.

⁶⁸ Para realizar uma análise do sistema penitenciário brasileiro serão utilizados dados a partir da década de 1980 até o ano da publicação deste trabalho.

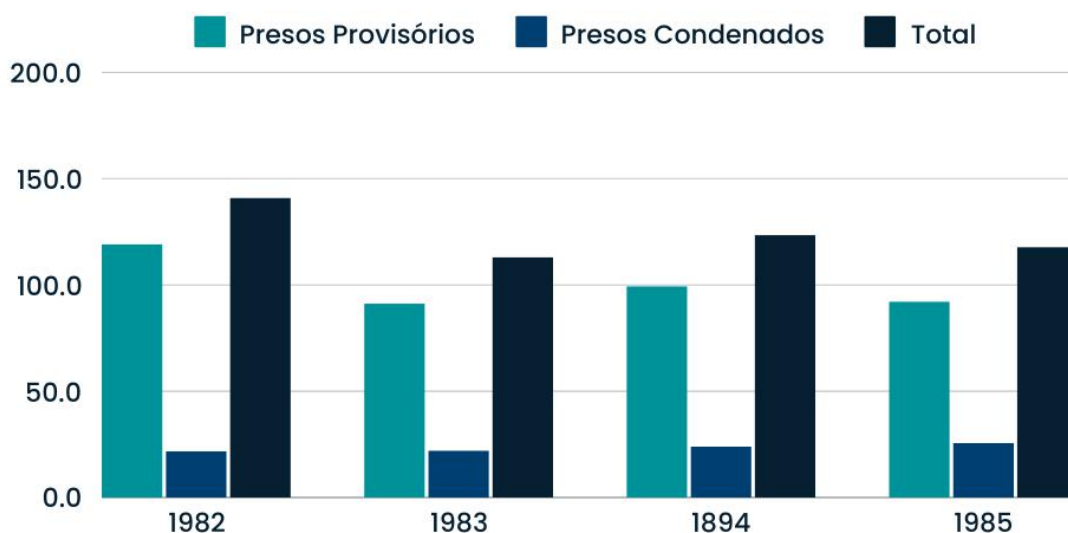
⁶⁹ SANTOS, Luiz Dal. A punição no Brasil: Crítica do giro punitivo. - 1 ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2024

⁷⁰ Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Divisão de Cadastro e Processamento. Tabela extraída de: Anuário estatístico do Brasil 1986. Rio de Janeiro:IBGE, v. 47, 1987

⁷¹ Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Divisão de Cadastro e Processamento. Tabela extraída de: Anuário estatístico do Brasil 1987. Rio de Janeiro:IBGE, v. 47, 1987.

99.432 mil eram presos provisórios e 23.993 mil em presos com sentença⁷², já em 1985, eram 117.845 mil presos no total, sendo 92.192 mil prisões provisórias e 25.653 prisões em definitivo.⁷³4

(Tabela 1).



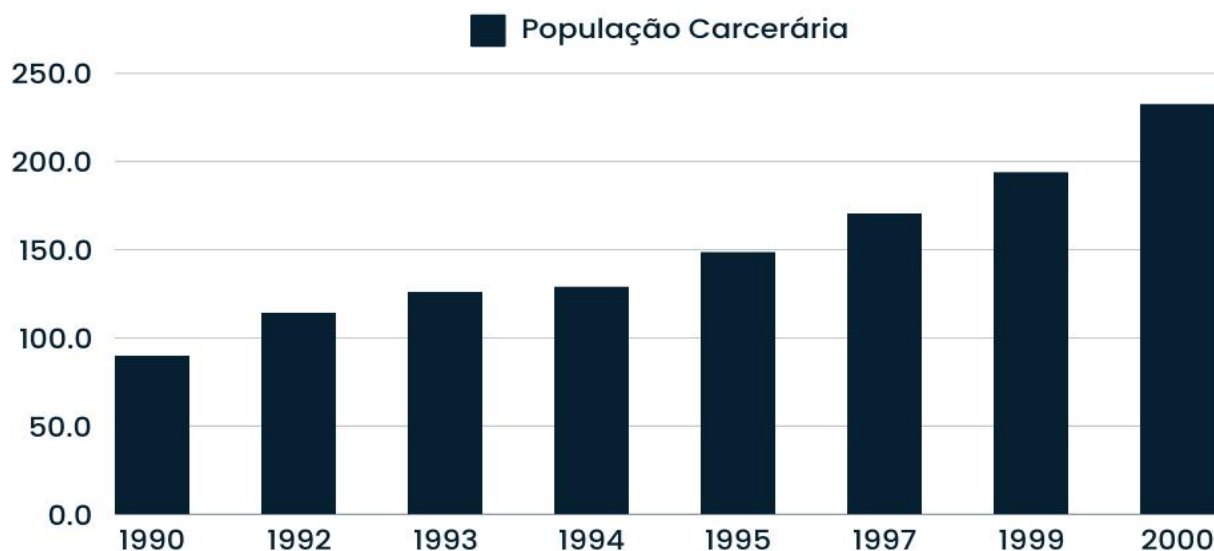
É possível observar na tabela acima, números do IBGE, que há certa constância no número total de pessoas encarceradas nos primeiros cinco anos de dados. Importante ressaltar que somente a partir de 1982 que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística vai trabalhar com a categoria “preso provisório”, categoria essa que não mais vai ser adotada a partir de anuários realizados após 1985 e que só volta a ser utilizada pelo instituto somente nos dados produzidos na virada do século.

A partir de 1986, há uma ausência de dados por parte do IBGE a respeito da população carcerária absoluta no Brasil, de maneira que de 1986 a 2000 os anuários só trazem informações a respeito das prisões anuais, de maneira que não é capaz de apresentar de maneira fiel a população carcerária total do respectivo ano. Contudo, o Departamento Penitenciário Nacional - Depen, aponta a evolução da população aprisionada a partir de 1990, conforme gráfico abaixo (Tabela 2).

⁷² Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Divisão de Cadastro e Processamento. Tabela extraída de: Anuário estatístico do Brasil 1986. Rio de Janeiro: IBGE, v. 47, 1987.

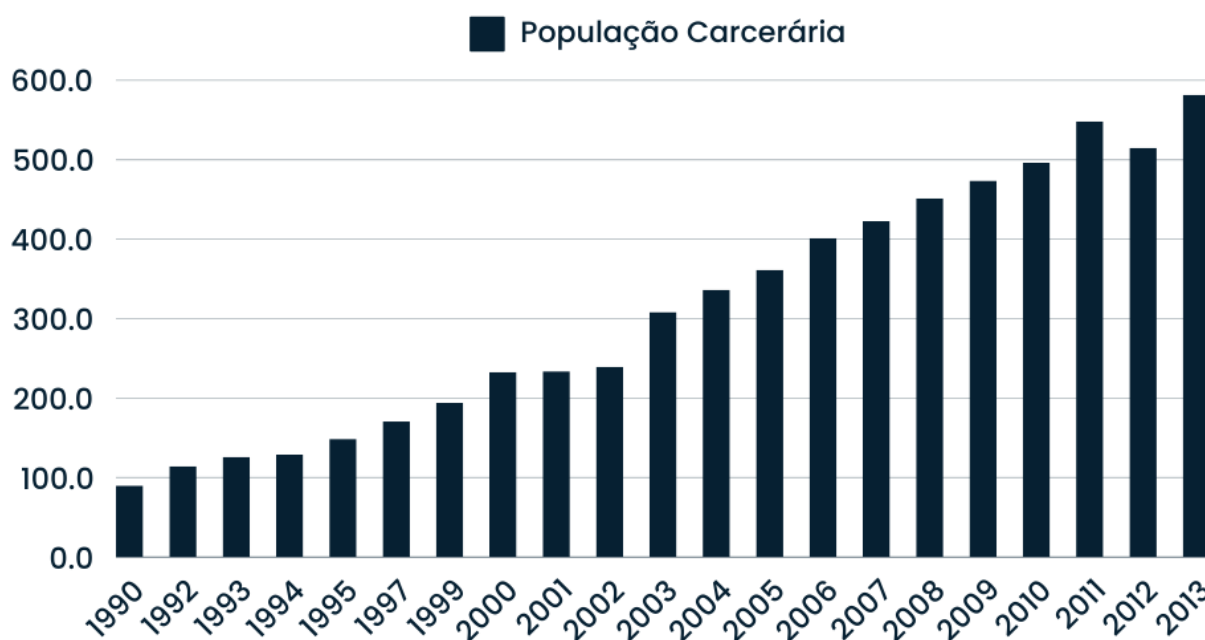
⁷³ A soma dos presos provisórios e condenados existentes no Brasil, em 31-12-84, não coincide com o levantamento do ano anterior, em virtude da ausência de alguns.

⁷⁴ Esses dados são a soma de presos provisórios e condenados dos respectivos anos.



De modo que em 1990, em números totais, havia 90.000 mil pessoas presas, em 1992, 114.337 mil indivíduos estavam presos no Brasil, ao passo que em 1993, 1994, 1995, 1997, 1999 e 2000, respectivamente haviam 126.152, 129.169, 148.760, 170.602, 194.074 e 232.755 mil pessoas presas. Verifica-se, portanto, um avanço constante nos números absolutos de detentos no Brasil. Com a virada do século esse crescimento prossegue de maneira avassaladora, a ponto de em 2010 haver no país 496.251 mil indivíduos enclausurados nas cadeias brasileiras, batendo a infeliz marca de 500 mil presos em 2011.

Em 1990 havia cerca de 90.000 mil pessoas presas em todo território nacional, passados 23 anos, em 2012 o país chegou a meio milhão de detentos, havendo, portanto, um crescimento na população carcerária de aproximadamente 503%. Como ficará claro no quadro abaixo (Tabela 3), de 2002 para 2003 houve um aumento de 68.959 de pessoas presas em números gerais, ao passo que do ano de 2011 para o ano de 2012 teve um decréscimo no número total de presos, contudo, no ano seguinte, 2013, os números logo voltaram a seguir a lógica observada desde a década de 1990, qual seja: crescimento.



(Tabela 3)

No ano de 2001 havia 233.859 mil indivíduos presos, em 2002 eram 233.859 mil, já em 2003 eram 308.304, de modo que de um ano para o outro houve um aumento de aproximadamente 29% em relação ao número de pessoas presas, em 2004 havia cerca 336.358 mil detentos nas unidades prisionais, em 2005 eram 361.402, em 2006 eram 401.236, em 2007 eram 422.590 indivíduos presos, ao passo que em 2010 o Brasil se aproxima da marca de 500 mil presos. Em 2011, atingiu a infeliz marca de mais de 500 mil pessoas privadas de liberdade. No ano seguinte, 2012, há um recuo no número de pessoas presas, de forma que nesse ano foi registrado 514 mil presos, cerca de 33.151 mil presos menos, contudo, no ano seguinte, 2013, volta a subir o número de pessoas enjauladas, tendo sido contabilizados nos presídios Brasil afora 581.507 mil pessoas⁷⁵.

Se faz necessário, ainda que de maneira não exaustiva, observar os números acerca da evolução da população carcerária no Brasil, sobretudo, pois é através desse crescimento desenfreado que irá se manter e surgir novas mazelas do sistema penitenciário nacional. Como por exemplo questões afetas a direitos positivados em tratados as quais o Brasil é signatário, bem como a dispositivos previstos na Lei 7.210, Lei de Execução Penal.

⁷⁵ Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro - 2000 a 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seusdireitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-sinteticos>

De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN de 2014, produzido pelo DEPEN, pasta do Ministério da Justiça, em 2014 o Brasil figurava entre os 5 países no mundo que mais possuía pessoas presas, ficando atrás apenas e Estados Unidos, China e Rússia, respectivamente. Ainda de acordo com o levantamento, o Brasil, na época de divulgação dos dados, estava na frente no ranking de população carcerária à frente da Índia, país que possui 1,2 bilhões de habitantes, população seis vezes maior que a brasileira.

Em dezembro de 2014 o Brasil possuía aproximadamente 622.202 mil pessoas privadas de liberdade, contudo havia no sistema penitenciário estadual e federal, somados, 371.884 mil vagas, gerando com isso um déficit de 250.318 mil vagas. Em razão da escassez de vagas no sistema, há época do levantamento, havia uma taxa de ocupação de mais de 150% das unidades prisionais.

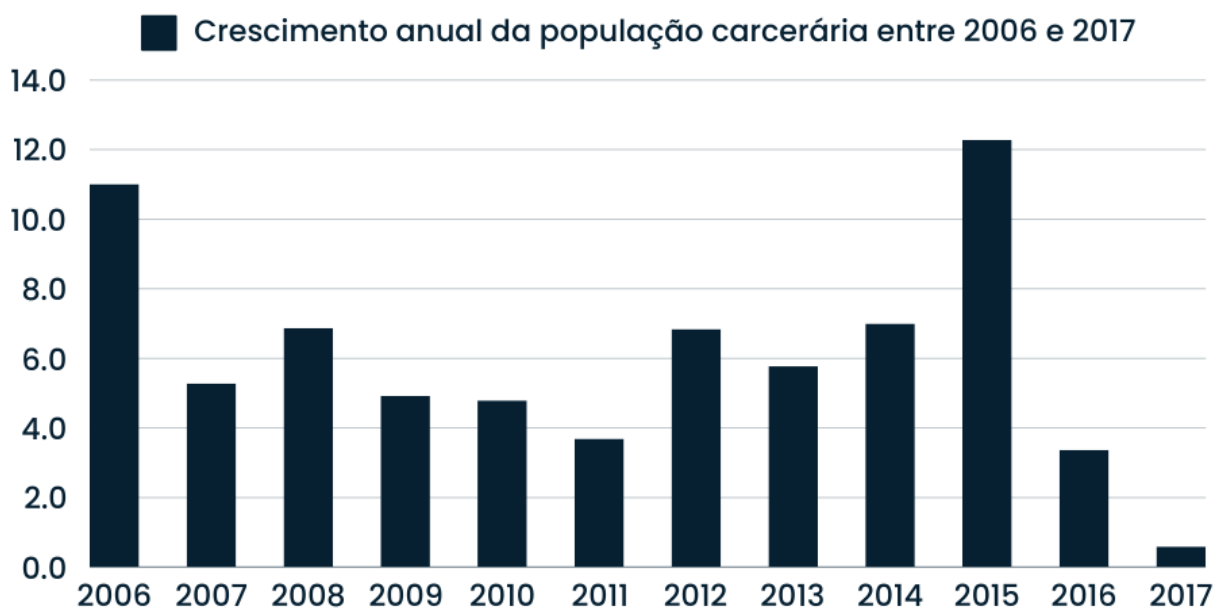
No final do ano de 2015, o país já contava com 698.618 mil pessoas presas, com 371.201 mil vagas no sistema penitenciário estadual e federal, ou seja, em relação ao ano anterior, houve uma diminuição de 683 vagas, contudo houve um aumento, de um ano para o outro, de 76.416 mil pessoas nas unidades prisionais, tornando o déficit de vagas ainda maior, 327.417 mil vagas “faltantes”, consequentemente elevando, também, a taxa de ocupação para 188,2%. No referido ano o Brasil ultrapassa a Rússia e assume o terceiro lugar neste indigesto ranking de população carcerária⁷⁶. Para além desse dado absoluto, é importante observar os problemas diários vivenciados pelos apenados.

Em 2016 havia no território brasileiro aproximadamente 722.120 mil presos, com o total de 446.874 vagas nos presídios, tendo aumentado o número de vagas em relação ao ano anterior, gerando com isso uma diminuição no déficit de vagas que passou a ser de 275.246 mil vagas. No referido ano, o Brasil registrou 1.481 unidades prisionais, e se manteve na terceira colocação no ranking de população carcerária mundial.

No ano seguinte, a taxa de crescimento da população privada de liberdade foi de “apenas” 0,59%, de modo que ao final de 2017 havia 726.354 mil pessoas presas no país. Entretanto, foi registrado 423.242 mil vagas, ao passo que o déficit de vagas passou a ser de

⁷⁶ Dados do World Prison Brief, Institute for Criminal Policy Research, Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/>

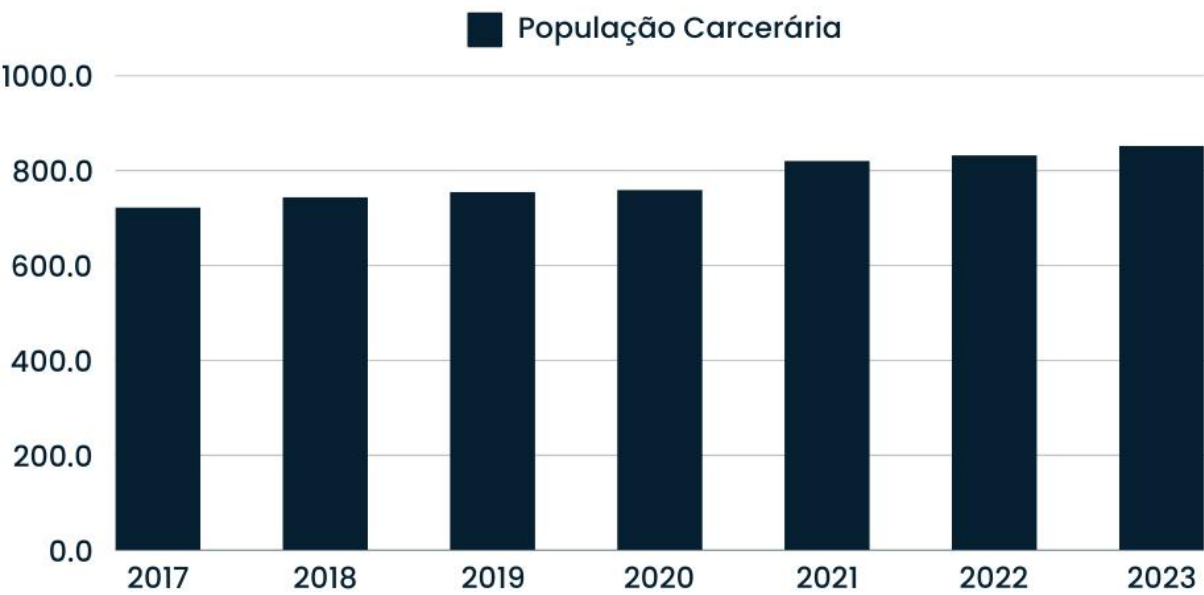
303.112 mil vagas. Um dado a ser levado em consideração é a taxa de crescimento anual da população carcerária, conforme gráfico abaixo. (Tabela 4)



Conforme Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2017), o Brasil teve uma taxa média (em porcentagem) de crescimento anual de 7.14%, uma vez que em 2006 registrou um crescimento de 11,01%, em 2007, 5,28% de crescimento, em 2008 6,87%, ao passo que em 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 cresceu respectivamente 4,92%, 4,79%, 3,69%, 6,84%, 5,77%, 7,0%, 12,28%, 3,37 e em 2017 teve seu menor crescimento, apenas 0,59%. Não há informações concretas que possam afirmar o que motivou esse crescimento abaixo da média no ano de 2017, contudo é importante apontar que foi o ano da implementação das audiências de custódia em todo território nacional.

Contudo, apesar do baixo crescimento nos números da população carcerária de 2016 para 2017, o efetivo nas unidades prisionais ainda se encontra extremamente alto uma vez que não parou de crescer em números absolutos desde então. Em 2017 a população carcerária era de 772.716 mil, já 2018 era de 744.216 mil presos, ao passo que em 2019 o contingente prisional era de 755.274 mil, em 2020 havia 759.518 mil pessoas presas em todo país, ano que teve início a pandemia da covid-19, em 2021, o país registrou 820.689 mil pessoas presas. Em 2022 o

Brasil contabilizou 832.295 mil pessoas presas, em 2023 foram registradas 852.010 mil pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário, conforme tabela abaixo.⁷⁷⁷⁸



(Tabela 5)

Como mencionado, o sistema penitenciário brasileiro não de se expandir, razão pela qual ainda detém um alto déficit de vagas. Em números absolutos, em 2022 havia 826.740 mil pessoas presas, enquanto havia 596.162 mil vagas, gerando uma carência de 232.907 mil vagas. Já em 2023, a população carcerária era de 846.021 mil, e havia 643.173 mil vagas, de maneira que o déficit caiu para 214.819 mil vagas; apesar de menor, ainda um número extremamente considerável.

Se pretendeu apontar os dados gerais do sistema penitenciário brasileiro no século XXI a fim de entender as mazelas e aflições perpetradas por esse sistema. Após uma brevíssima análise quantitativa, ou seja, dos números absolutos do contingente de detentos, é necessário observar os meandros desses dados para poder entender a inconstitucionalidade das penas de prisão no Brasil, bem como entender se é possível falar em algumas teorias legitimantes da pena, apresentadas no capítulo anterior.

⁷⁷ Dados retirados do ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2024. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024. ISSN 1983-7364..

⁷⁸ Os dados correspondem ao período de julho a dezembro de 2022 e 2023 e foram baixados do site do Sisdepen nos dias 18/05/2023 e 06/03/2024. Considera o total de presos provisórios em sistema prisional e custodiados pelas polícias. Considera-se o total de pessoas privadas de liberdade no sistema prisional estadual e federal.

2.2 - DOR E AFLIÇÃO: A SÍNTESE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O Estado brasileiro é signatário de diversos tratados que versam sobre os direitos humanos e, conseqüentemente, vão tratar a respeito das condições para o cumprimento da pena privativa de liberdade⁷⁹. Antes de mergulhar nas questões afetas aos direitos preconizados aos detentos, é preciso fazer uma breve análise do perfil socioeconômico desses indivíduos, de maneira que possa clarear o porquê de os referidos viverem sob as condições oferecidas pelo sistema penitenciário brasileiro. Para tanto, serão utilizados dados a partir do ano 2010.

2.2.1 - QUEM SÃO AS PESSOAS ENCARCERADAS NO BRASIL?

O INFOPEN de 2014⁸⁰ vai apontar, em números absolutos, a forma como se identificam os detentos das prisões do Brasil. Enquanto brancos são ao todo 45,48% da população total do país, eles representavam 37,22% no percentual da população carcerária. Já os negros/pretos e pardos, categoria utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, representam 53,63% dos brasileiros, estes vão ser mais de 60% dos indivíduos privados de liberdade. Um dado apresentado pelo INFOPEN chamou atenção: No estado do Rio de Janeiro, negros/pretos e pardos representam aproximadamente 52,29% da população fluminense, contudo, ao observar o sistema penitenciário do estado, verifica-se que essa eles são 72,57% dos detentos.

No Levantamento de Informações Penitenciárias publicado em dezembro de 2015⁸¹, o cenário da representação racial nas unidades prisionais era o seguinte: Pretos/Pardos compunham aproximadamente 63,5%, enquanto brancos eram 36%. O Anuário de brasileiro de segurança pública⁸² vai apresentar a evolução dos dados acerca da sobrerrepresentação da população negra no cárcere, assim, conforme tabela 6 a partir de 2016 os negros já eram 63,6% de todo contingente penitenciário. Em 2018, as prisões do país continham 66% de pessoas negras, ao passo que em 2022 esse número chegou à marca de 68,2% das prisões tendo como

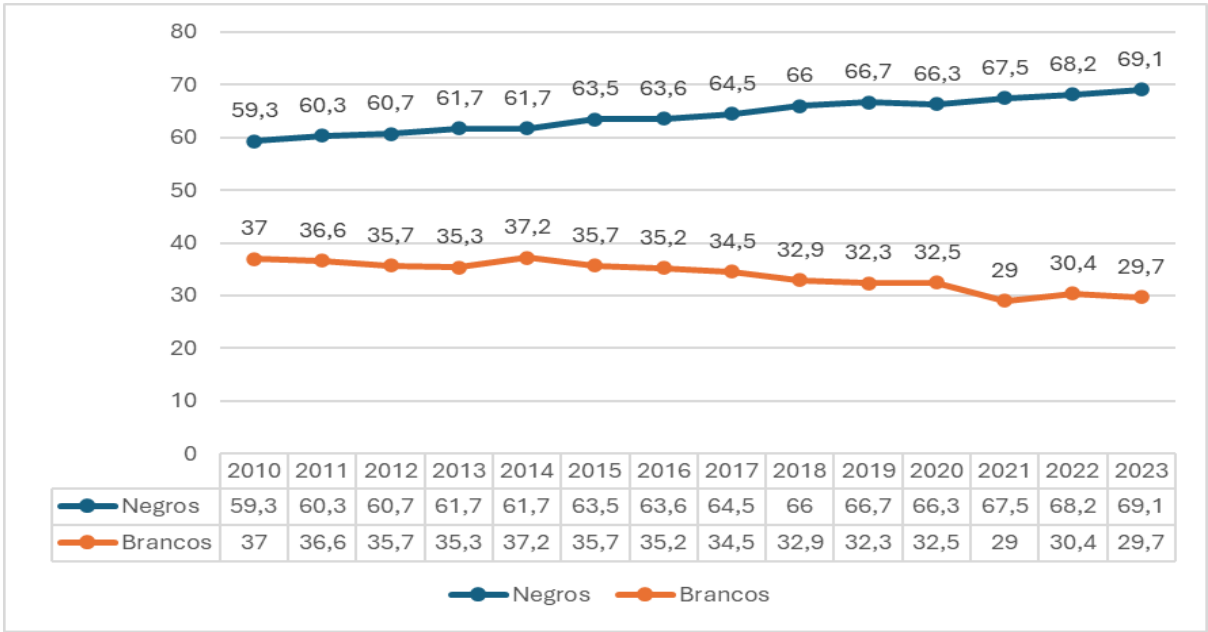
⁷⁹ O Estado brasileiro é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que aponta em seu artigo 5, que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, bem como assegura que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. O Brasil também promulgou Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

⁸⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-anteriores>

⁸¹ Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-anteriores>

⁸² Dados retirados do ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023. ISSN 1983-7364.

seus “hospedes” o povo negro brasileiro. Em 2023, como já mencionado, o Brasil possuía um contingente de 832.295 pessoas presas, destas 69,1% eram pessoas negras (pretos/pardos), ou seja, pouco mais de $\frac{2}{3}$ da população encarcerada no Brasil é composta por pessoas negras, conforme dados da tabela abaixo.



Interessante observar que de acordo com o crescimento da população carcerária, que hoje já ultrapassou a marca de 850 mil pessoas, cresce também a porcentagem de negros que vão estar presentes nas unidades prisionais. Assim, foi possível chegar a um dado extremamente relevante para poder entender as mazelas que acometem o cárcere nacional, **a população carcerária é majoritariamente composta por negros, representando em 2023, quase 70% de todo os presos no Brasil.**⁸³ Conforme o Infopen de 2023, de 2005 a 2022 a população branca encarcerada cresceu 215%, enquanto nesse mesmo período a população negra encarcerada aumentou 381,3%. Portanto, diante dos dados apresentados, não é possível chegar a outra conclusão: o racismo estrutural⁸⁴ é crescente no sistema de justiça criminal. Além dessa questão, a população carcerária brasileira é composta por aproximadamente 43% de jovens de 18 a 29 anos de idade.

⁸³ grifo nosso.

⁸⁴ ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. Edited by Djamila Ribeiro, São Paulo, Sueli Carneiro, 2019.

Uma vez traçado o perfil do indivíduo encarcerado no território brasileiro, é preciso analisar as condições de cumprimento da pena privativa de liberdade e obviamente as suas consequências.

2.2.2 A SUPERLOTAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Como já apresentado no subcapítulo “**sistema penitenciário brasileiro no Século XXI em dados**”, há tempos o Brasil possui um alto déficit de vagas no sistema penitenciário, de maneira que o sistema tem mais pessoas enclausuradas do que sua capacidade de comportá-los. Retornando alguns números, em 2014 o déficit de vagas no sistema penitenciário era de 250.318 mil, em 2016 a ausência de vagas girava em torno de 275.246 mil vagas, em 2017 o déficit de vagas no sistema prisional era de 283.377 mil⁸⁵, em 2018 e em 2019, a escassez de vagas no sistema era, respectivamente de 289.383 e 312.925 mil⁸⁶. Em 2020 o problema em torno da ausência de vagas representava um número de 248.113 mil⁸⁷. Ainda durante a pandemia esse número ainda se manteve alta, de maneira que em 2022 o déficit de vagas era de 232.907 mil, e em 2023 era de aproximadamente 214.819 mil vagas^{88, 89}.

Em 2023, conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o déficit de vagas do sistema penitenciário decresceu, contudo, ainda se encontra em um nível elevadíssimo, fazendo que inúmeros detentos sofram com os transtornos gerados pela superlotação.

A questão do superpovoamento dos presídios brasileiros é de longa data, visto que o problema perdura ao longo do tempo. Dentre os problemas gerados em razão da superlotação está a sistemática violação de Direitos Humanos, que gera óbitos e a propagação de diversas doenças nas unidades prisionais. Nesse sentido, conforme informações do RELIPEN publicado em 2023⁹⁰, o Brasil possui 1.389 estabelecimentos prisionais, destes, 1.108 contam com consultório médico para atendimento aos detentos, apenas 822 unidades possuem consultório

⁸⁵ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2019. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 13, 2019. ISSN 1983-7364.

⁸⁶ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2020. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 14, 2020. ISSN 1983-7364.

⁸⁷ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2021. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 15, 2021. ISSN 1983-7364.

⁸⁸ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2024. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024. ISSN 1983-7364.

⁸⁹ Conforme gráfico em anexo.

⁹⁰ Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-relipen-do-segundo-semester-de-2023>, publicado em 07/02/2024

odontológico, e somente 903 penitenciárias contam com farmácia ou sala de estoque/dispensação de medicamentos. Portanto, muitos dos cidadãos brasileiros renegados ao cárcere sem veem em condições de sobrevivência, visto que por razões alheias a sua vontade, são privados do acesso à saúde pública. Ao não ter acesso livre à saúde pública, direito previsto na Constituição Federal⁹¹, os apenados têm suas garantias vilipendiadas. Ademais, com uma população carcerária acima de 850 mil, em números totais, só há nos presídios brasileiros 1.721 enfermeiros, 2.811 auxiliares e técnicos de enfermagem, 1.324 psicólogos, 909 dentistas, 967 médicos (clínicos gerais), 29 ginecologistas e 303 psiquiatras. A título de exemplo, de acordo com relatório realizado pelo Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em 03 de dezembro de 2019, a cadeia Pública Jorge Santana não havia médico para realizar o atendimento dos detentos.⁹²

Para além da ausência do atendimento ambulatorial, odontológico e farmacêutico, o sistema penitenciário brasileiro tem apresentado questões ainda mais graves. Entre janeiro a junho de 2023 foram registrados 913 óbitos, sendo São Paulo o estado com o maior número de óbitos, 285, seguido pelo Rio de Janeiro, em que morreram 121 pessoas. Dos 913 óbitos, 665 foram por motivos de saúde, que, talvez, se houvesse acompanhamento médico devido poderiam ter sido evitadas, 67 mortes em razões criminais, ou seja, homicídios, 89 suicídios, o que, novamente, talvez pudesse ser evitado com acompanhamento médico, bem como com condições dignas de execução da pena; 5 mortes acidentais e 87 por causa desconhecida.

Além das mortes registradas nas unidades prisionais por todo o país, no último levantamento realizado pelo SENAPPEN, foi registrado que havia no Brasil, de janeiro a junho de 2023, 33.617 detentos com doenças transmissíveis, sendo o Rio de Janeiro o estado com maiores números de presos doentes, com 7.461, seguido por São Paulo com 6.746. Do número total de doentes, 11.199 mil possuem HIV, 10.571 mil têm sífilis, 2.177 hepatite, 9.121 com tuberculose, doença altamente transmissível e que tem sua propagação no ar, e 549 presos com hanseníase. Em razão das péssimas condições estruturais das unidades, como por exemplo, baixa circulação de ar, pouco acesso a luz natural e mofo, combinado com o excesso de pessoas em uma cela, são fatores que podem contribuir para a disseminação de algumas dessas doenças, sobretudo, em ambientes, que como já demonstrado, possui pouco, e alguns casos, nenhum

⁹¹Constituição Federal de 1988, Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁹² Disponível em <https://defensoria.rj.def.br/cidadao/nuspen>. RELATÓRIO FISCALIZAÇÃO JORGE SANTANA ALFREDO TRANJAN 03/12/19. Publicado 20 de novembro de 2022

atendimento médico. Com esses dados, podemos ver na prática o que apontam Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind,

que as consequências da precária qualidade de tratamento, aos presos, são inúmeras, o que demonstra de forma bastante clara o descaso a que está delegada a situação carcerária e o aviltamento a que estão sujeitas essas pessoas de quem se cobrará um dia a recuperação.⁹³

As mazelas do sistema penitenciário brasileiros são tão estruturais que pelo menos três unidades prisionais foram submetidas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a fim de questionar as condições de cumprimento de pena imposta aos detentos. Em razão da superlotação, péssimas circunstâncias de execução de pena, ausência de acesso à saúde etc., foram submetidos a CIDH o Complexo Penitenciário de Curado, Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, que já conta com decisão da Corte Interamericana de Direito Humanos, e Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

2.2.3 – INSTITUTO PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO – RIO DE JANEIRO

Cabe uma brevíssima análise do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, tendo em vista que já possui decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O IPPSC é uma unidade prisional do estado do Rio de Janeiro, e está sob a responsabilidade administrativa da SEAP-RJ, tem como finalidade acautelar pessoas do sexo masculino condenadas ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto, ou que, por progressão ou regressão de regime, se adequem ao perfil prisional da unidade. Em 19 de Janeiro de 2012, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro realizou uma inspeção no IPPSC, em que restou constatado, segundo relatório da DPRJ, que já havia ali indícios de superlotação carcerária, pois a unidade possuía 1542 presos para 1699 vagas. A segunda inspeção ocorreu em 14.09.2014, momento que se verificou um agravamento no quadro de detentos, pois a unidade contava com 2850 pessoas, gerando com isso uma grave superlotação; neste mesmo ano, alguns dias depois, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, realizou uma fiscalização independente, no dia 28.11.2014, e constatou que a população carcerária naquele momento já era de 3.144 presos. Pode se verificar que, ano após ano, a situação do IPPSC veio se degradando, essa situação chega ao seu ápice no dia 18.01.2016, última fiscalização da Defensoria Pública realizada por meio de NUSPEN – NÚCLEO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO, em que se verificou que a unidade estava com 3.478 presos, isto é, 1775 detentos a mais que sua capacidade total (1699). Esta última inspeção, ante a ausência de medidas do Estados brasileiros para dirimir o problema

⁹³ CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND, Elisabeth. Direitos dos Presos - Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 93

da superlotação do IPPSC, ensejou a petição da Defensoria Pública à Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁹⁴, especificamente no dia 30 de março de 2016. Conforme consta do relatório da resolução da Corte Interamericana de 13 de fevereiro de 2017⁹⁵, no início de 2017 o Instituto Plácido de Sá Carvalho possuía capacidade de para 1.699, a mesma da primeira inspeção realizada em 2012, e estavam detidas 3.454 pessoas no instituto.

Essa evidente superlotação faz com que inúmeros detentos durmam no chão, visto que não há cama (colchão) para todos. Quanto à saúde, na época, ocorria na unidade o que foi demonstrado acima se observar os dados do RELIPEN, há informação no relatório da Corte IDH que em 2017 havia apenas 1 médico, 2 enfermeiros, 3 auxiliares e 1 assistente social, para prestar assistência médica para mais de 3.450 pessoas. Consta, também, que não há divisão entre os espaços de higiene pessoal e as celas, é registrado a ausência de vaso sanitário, de modo que os detentos têm que realizar suas necessidades em buracos no chão. Quando se deu essa análise pela Corte, havia a propagação de epidemias de dengue, chikungunha e zika, a situação nas unidades prisionais em razão dessas epidemias eram gravíssimas, sobretudo no IPPSC visto o alto número de detentos. Para além dessas questões, que são extremamente graves e degradantes, no ano de 2016 foi registrado no instituto ora em análise 32 mortes, em 2017 a população carcerária do IPPSC correspondia a 7,37% do total de presos do estado do Rio de Janeiro, contudo concentrou 12,66% das mortes. Ante o exposto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pleiteou que a Corte determine que o Estado brasileiro demande todos os esforços para dirimir os problemas existente, bem como garantir os direitos fundamentais das pessoas enclausuradas, nos seguintes termos:

(i) obter um controle efetivo do centro penitenciário em estrito apego aos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade; ii) eliminar os altos índices de superlotação; iii) assegurar acesso a serviços de saúde a pessoas que padecem de doenças graves; iv) evitar a propagação de enfermidades contagiosas entre os internos; e v) assegurar condições de detenção compatíveis com o respeito à dignidade humana e em conformidade com os padrões internacionais na matéria, que levem em conta os indicadores referentes

A Corte, por sua vez, aponta que em razão do Brasil fazer parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este reconhece a competência contenciosa da Corte IDH,

⁹⁴ Informações retiradas da petição do Núcleo do Sistema penitenciário - NUSPENn, da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, submetendo o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Petição obtida por meio de solicitação à coordenação do Núcleo do Sistema penitenciário - NUSPEN.

⁹⁵ Resolução da Corte Interamericana de 13 de fevereiro de 2017- Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto Instituto Plácido de Sá Carvalho.

foi determinado que o Brasil apresentasse um “Plano de Resolução da Superlotação do Sistema Carcerário Fluminense” e informar sobre:

(a) todas as mortes ocorridas desde janeiro de 2016 e as medidas adotadas para determinar suas causas e eventuais responsabilidades; b) as medidas adotadas para exercer o controle efetivo do centro penitenciário, sobretudo a presença de pessoal de custódia capacitado em número suficiente; c) assegurar o acesso de serviços de saúde a pessoas que padecem de enfermidades graves; d) evitar a propagação de doenças contagiosas entre os internos, e e) assegurar condições de detenção compatíveis com o respeito à dignidade humana e em conformidade com os padrões internacionais na matéria.

Apesar da determinação da Corte, o Estado Brasileiro não as cumpriu na sua integralidade, e as que cumpriu não foram capazes de solucionar a questão da superlotação da unidade em questão. Em relação ao plano solicitado, restou demarcado que não há celas separadas para pessoas LGBTQIA+ e idosos, não há divisão equânime de colchões, uniformes, calçados e toalha para os detentos. Os representantes, a Defensoria do Estado do Rio de Janeiro, alegou em 2018, que as condições materiais de execução de penal no instituto se mantiveram inalteradas. Nesse sentido, a própria corte em decisão⁹⁶ aponta que após sua visita *in loco*, em junho 2017, foi possível perceber que o Brasil não adotou as medidas necessárias para modificar de maneira significativa a situação da unidade prisional. Nesse sentido, observou, a Corte, que apesar das medidas impostas ao Brasil, a população da carcerária do IPPSC não diminuiu, pelo contrário continuou aumentando.

Por consequência, aponta a Corte que a execução de pena no Instituto Plácido de Sá Carvalho, nas condições já elencadas, violaria o art. 5.2⁹⁷ e 5.6⁹⁸ da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, com objetivo de tentar acabar com os problemas presentes no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, a Corte IDH determinou em linhas gerais:

(i) O Estado deve tomar as medidas necessárias para que, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante No. 56, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a partir da notificação da presente resolução, novos presos não ingressem no IPPSC e tampouco se façam traslados dos ali alojados a outros estabelecimentos penais, por disposição administrativa. Quando, por ordem judicial, se deva trasladar um preso a outro estabelecimento, o disposto a seguir, a respeito do cômputo duplo, valerá para os dias em que tenha permanecido privado de liberdade no IPPSC. (ii) Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se **compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas.**

⁹⁶ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho

⁹⁷ 5. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

⁹⁸ 5 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

(iii) O Estado deverá organizar, no prazo de quatro meses a partir da presente decisão, **uma equipe criminológica de profissionais, em especial psicólogos e assistentes sociais, sem prejuízo de outros, que, em pareceres assinados por pelo menos três deles, avalie o prognóstico de conduta com base em indicadores de agressividade dos presos alojados no IPPSC, acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de crimes sexuais, ou por eles condenados.** Segundo o resultado verificado em cada caso, a equipe criminológica, ou pelo menos três de seus profissionais, conforme o prognóstico de conduta a que tenha chegado, aconselhará a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade, ou, então, sua redução em menor medida.

As medidas tomadas pela Corte IDH foram de grande avanço, contudo, cabe mencionar, ainda que brevemente duas questões presente nessa determinação. O primeiro diz respeito ao cômputo em dobro, talvez a medida mais importante dessa decisão, que deve ser não é aplicado para todos os detentos. Se ambiente é degradante, o é para todos. A distinção entre os que cometeram crimes contra vida, integridade física ou crime sexual é no mínimo questionável. Seria a natureza do crime, do bem jurídico violado, o vetor para permitir um cidadão a viver em circunstâncias cruéis e degradantes no cárcere? O outro ponto que cabe apontamento, é acerca do retorno e aplicação do exame criminológico, exame este que já restou comprovado o seu condão positivista lombrosiano. Como já mencionado, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem uma importância ímpar para dirimir os problemas do Instituto Plácido de Sá Carvalho, contudo, a lógica do cárcere brasileiro vai continuar para inúmeros detentos. Portanto, trata-se de uma medida de contenção e não de solução do problema por completo, ainda que somente naquela unidade.

Fato é que esta não é uma questão recente no sistema penitenciário do Brasil, Augusto Thompson, em seu livro *“A questão penitenciária”*, na 4ª edição, publicada em 1998, já apontava os problemas do referido sistema, especificamente em relação à superlotação. O autor faz uma analogia interessante, uma vez que faz um comparativo entre o ambiente escolar e o prisional. Segundo Thompson, no sistema educacional há possibilidade de recusar alunos em razão da falta de capacidade de comportá-los nas unidades escolares, em contrapartida, no ambiente carcerário a lógica é diversa. Não existe nenhuma barreira que permita o administrador penitenciário recusar a entrada de cidadão na unidade em razão da ausência de capacidade para “acomodá-lo”, motivo pelo qual as penitenciárias estão superlotadas. O autor aponta que

Nenhuma limitação pode ser oposta quanto a assimilação da carga no primeiro grau, isto é: toda alimentação apresentada tem de ser recebida pela entrada. Pouco importa seja “x” a capacidade ideal; ainda que o fornecimento se apresente na ordem x^2 ou x^{10} , terá é ser assumido, seja em que condições for, haja o que houver. Claro, a carência

de disponibilidade carcerária não pode opor restrições à atividade dos tribunais e da polícia, no que diz respeito ao aprisionamento de pessoas⁹⁹.

Ao impor a sanção penal a um indivíduo, depreende-se que restou firmado o direito subjetivo do estado em punir o particular. Partindo dessa lógica, a punição tem que se desenvolver nos limites dos direitos subtraídos na sentença penal. Para Heleno Fragoso, “em princípio, esses direitos são apenas a perda da liberdade e dos direitos necessariamente afetados por ela”¹⁰⁰. Portanto, não está o indivíduo vinculado a perder direitos positivados na Constituição Federal de 1988, logo, a supressão da sua liberdade não pode acarretar supressão do direito à saúde, bem como a alimentação e educação. Situação que, conforme os dados apresentados anteriormente, ocorre nas unidades prisionais do Brasil. Nessa linha de raciocínio, Yolanda Catão e Elisabeth Sussekund aludem que, em razão da sentença penal condenatória,

Alguns de seus direitos, direitos dos presos, foram restringidos mas apenas temporariamente. E os outros, dos quais não foi privado pela sentença condenatória, continua fazendo jus. A restrição de direitos está expressa em lei. A prisão não constitui território no qual as normas constitucionais não tenham validade. Nos países anglo-saxões cuja preocupação com os direitos humanos do preso comum constitui tema de grande atualidade e tem originado vários estudos, a orientação no meio jurídico é a de que os direitos constitucionais prevalecem mesmo dentro da prisão. No Brasil, os dispositivos legais deixam evidente que os presos conservam todos os direitos que não tenham sido suspensos por lei ou sentença judicial. Conforme estipula o Código Penal, o preso só perde o direito à liberdade e o direito de votar e ser votado previsto na Constituição Federal. A privação da liberdade por si só já constitui uma punição - bastante severa e, além de ser ilegal, não há necessidade de sustar outros direitos do preso.¹⁰¹

A privação de direitos que os detentos sofrem configura uma punição para além do previsto na sentença penal, isto é, se caracteriza como aplicação de uma pena proibida pela norma constitucional, bem como pelo artigo 5.2 do Pacto de San José da Costa Rica que asseguro ao detento tratamento digno, de maneira que proíbe de maneira expressa a tortura, penais cruéis ou degradantes e a própria LEP em seu art. 40¹⁰² Com os gráficos apresentados e, consequentemente, com os dados, é possível inferir que os direitos sociais positivados pela Carta Magna de 1988 e as garantias previstas nos tratados internacionais que o Brasil é signatário não são aplicados aos presos brasileiros.

Diante do panorama apresentado a partir da segunda parte deste capítulo, é interessante observar um conceito desenvolvido no Reino Unido no século XVIII, qual seja: *Less eligibility*.

⁹⁹ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.p.101

¹⁰⁰ FRAGOSO, Heleno. *Direito dos presos*. – Rio de Janeiro: Forense, 1980.

¹⁰¹ op cit. 85

¹⁰² Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

O referido termo foi criado a partir do Poor Law Amendment, de 1834. O princípio less eligibility pressupõe que as condições de vida, de execução de pena dos detentos, sejam o mais desumanas possíveis, de modo que nas palavras de Patrick Cacicedo “as condições de vida no cárcere devem ser acentuadamente piores que as condições de vida dos mais precários trabalhadores livre”¹⁰³. Diante das recorrentes transgressões às normas constitucionais que preveem direitos mínimos aos apenados, não é impossível se chegar a conclusão que há na execução penal brasileira, isto é, no cumprimento de penas nos estabelecimentos prisionais, a lógica da menor elegibilidade. Embora a Lei de Execução Penal, Lei 7.210, preveja inúmeros direitos dos presos em seu artigo 40¹⁰⁴, nota-se que cárcere brasileiro é um verdadeiro “espaço de não direito”¹⁰⁵, local em que direitos são cotidianamente vilipendiados, aviltados sem motivos aparentes. Aliás, talvez a lógica seja subcategorizá-los enquanto indivíduos, visto que, como já apontado, a população que majoritariamente preenche os espaços do cárcere brasileiro são os negros e mais pobres, questão apontada pelo grande criminólogo italiano Alessandro Baratta em seu clássico livro *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*.¹⁰⁶

¹⁰³ CACICEDO, Patrick. O Princípio da Less Eligibility, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306 - 316, jan - fev. 2015

¹⁰⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa

¹⁰⁵ PAVARINI, Massimo. **Castigar al enemigo**: criminalidad, exclusión e inseguridad. Quito: Flacso, 2009. p 127. abud Cacicedo, Patrick, 2015.

¹⁰⁶ As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da "população criminosa" aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6 edições, outubro de 2011. 8ª reimpressão, julho de 2021.

3. - DERRAMAMENTO DE SANGUE POR GOTEJAMENTO

Em razão das mazelas apresentadas no capítulo anterior, o sistema penitenciário brasileiro chegou ao ponto de calamidade que se encontra hoje, ou melhor dizendo, nas palavras de Agamben, em um estado de exceção¹⁰⁷, ante as diversas violações praticadas pelos órgãos públicos. A esse respeito, o Estado brasileiro, nas esferas dos três poderes da República, durante um longo período se manteve inerte em relação aos vilipêndios ocorridos nas unidades prisionais, operando, assim, uma lógica omissiva perante o gravíssimo problema das prisões Brasil afora.

Acerca da omissão¹⁰⁸ perpetrada pelo Estado brasileiro, ela se opera a partir da ausência de uma ação positiva, isto é, uma ação esperada pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela Constituição Federal de 1988, em relação aos direitos e garantias de seus cidadãos, estendendo esse critério aos encarcerados. Contudo, o que se observa na práxis é o completo inverso, visto que o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário nada, ou pouco têm feito em relação a atual situação do sistema prisional do Brasil. A omissão aqui apontada não diz respeito a uma omissão penal que visa responsabilização criminal, visto que não é possível individualizar a conduta de um agente a fim de imputá-lo um crime omissivo. Para além disso, o fio condutor deste trabalho não tem por foco realizar ou apontar a criminalização de qualquer que seja a conduta, conduto, é importante fazer este apontamento. Demarcar que a inércia dos órgãos públicos tem sido um fator preponderante para o agravamento do quadro do sistema penitenciário brasileiro

Ante a esse não fazer de algo esperado pela norma, qual seja: garantir acesso a saúde, alimentação, dignidade humana etc. por parte dos órgãos públicos estatais, entidades de controle como as Defensorias Públicas e Mecanismo de Combate a Tortura e outros, se viram na necessidade de agir, ou de ao menos, provocarem os agentes públicos a se manifestarem sobre a temática da atuação situação do sistema penitenciário brasileiro. Sendo assim, como já mencionado, diversas defensorias públicas pelo país começaram a realizar o controle externo da execução penal, de modo que através de suas fiscalizações nas unidades foi possível verificar

¹⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo: 2003.

¹⁰⁸ Para Juarez Tavares, a omissão nada mais é que uma “inação que corresponde a uma infração à norma de comando”. TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. 3. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.439. Nilo Batista e Raul Zaffaroni vão ao encontro do pensamento do professor Tavares, para os autores “a omissão não é puro e simples nada fazer (omissão não é ausência de ação). Como a omissão não é mera não-ação, e sim um não fazer algo”, esperado pelo ordenamento jurídico. ZAFFARONI, Raúl. BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro, Revan, 2010. 2ª edição, outubro de 2010, 3ª reimpressão, julho de 2018. p. 349.

a situação lastimável em que se encontram os presídios do país. Como já mencionado e exemplificado, em razão das péssimas condições, há inúmeras unidades prisionais brasileiras no sistema interamericano de direitos humanos¹⁰⁹, principalmente na CIDH.

3.1 - UM CAMINHO PARA A SOLUÇÃO?

3.1.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

Neste sentido, perante a inércia estatal, o PSOL - Partido Socialismo e Liberdade, em 27 de maio de 2015 propôs uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal, proposta em parceria com a Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, coordenada pelo Professor Daniel Sarmiento, buscava que os órgãos públicos realizassem a elaboração de um plano nacional “visando à superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de três anos”.¹¹⁰

No ano em que foi protocolado a ADPF 347, o Brasil possuía 371.201 vagas em todo seu sistema carcerário, com um total de 698.618 presos, gerando com isso um déficit de 327.417 vagas, restando caracterizado o descaso e a omissão do Estado com a população carcerária. Por esta razão, o PSOL, formulou pedidos a fim de que seja solucionado essas constantes violações de direitos fundamentais que ocorrem nos presídios brasileiros, quais sejam: (i) redução da superlotação dos presídios, (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país e (iii) diminuição do número de presos provisórios.¹¹¹

A respeito do pedido de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, é preciso fazer uma brevíssima digressão a fim de entender este conceito. O termo é cunhado pela Corte Constitucional da Colômbia, desenvolvido e sistematizado por ela. Conceição Maria Silva Negreiro aponta que

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma decisão por meio da qual o Tribunal Constitucional declara a ocorrência de violação maciça e reiterada de direitos fundamentais generalizados e estruturais sendo que tal magnitude que configura uma realidade contrária aos princípios fundadores da Constituição e, portanto, ordena a

¹⁰⁹ Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9980-Rio-tem-um-dos-piores-presidios-das-Americas-diz-Comissao-IDH>, <https://www.cnj.jus.br/cnj-propoe-agenda-que-ajuda-brasil-a-cumprir-decisoes-da-corte-idh-sobre-sistema-prisional/>, <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2022/285.asp>

¹¹⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

¹¹¹ Foram apontados apenas os pedidos relacionados à temática deste trabalho.

todas instituições envolvidas que acabei com esse estado de anormalidade constitucional por meio de ações integrais, oportunas e eficazes.¹¹²

Para além disso, a Corte Constitucional Colombiana entende que para aplicar o referido conceito é preciso que estejam presentes as seguintes requisitos, são eles: (i) vulnerabilidade massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número considerável de pessoas e (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir a efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição, ou seja, situação de violação generalizada de direitos humanos, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificarem a situação e necessidade de atuação, visando superar as transgressões, de uma pluralidade de órgãos.

Feita essa breve explicação, o olhar se volta para o ADPF 347 a fim de que se possa compreender como se deu a sua análise pelos ministros da Suprema Corte Constitucional brasileira. Para tanto, será feita uma análise do voto do Ministro relator, Marco Aurélio Mello, e o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi o redator do acórdão. Em 9 de setembro de 2015, após o protocolo da referida ADPF, o Plenário do STF deferiu parcialmente o pedido de medida acauteladora, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, assim ementado:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.** **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.**

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.¹¹³

¹¹² NEGREIROS apud VALOIS, Luís Carlos, Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucional. 2 ed. atual. com base na Lei 13.694/19. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 18.

¹¹³ Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL.

Como se pode observar, restou firmado no ano de 2016, data da publicação do acórdão mencionado, o Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional do país. Após o deferimento dessa medida cautelar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal só voltou a debater a temática em 08 de junho de 2021, com o voto do Relator que será analisado¹¹⁴. Antes de proferir seu voto, o ministro Marco Aurélio Mello apresenta um minucioso relatório em que consta todas as nuances do problema em análise. Pontua as questões trazidas pela Clínica de Direito da UERJ juntamente com o PSOL, como por exemplo a questão da superlotação dos presídios, o número elevado de presos provisórios, a salubridade e condições de higiene das celas, acesso à alimentação, saúde e educação, bem como o fim dos da tortura e do tratamento degradante. Indica, também, questões afetas a criação de um Plano Nacional para acabar ou, no mínimo, reduzir as mazelas em que são submetidos os detentos Brasil afora.

No mérito, o relator aponta questões atinentes à responsabilidade estatal na esfera dos três poderes da República, não só na esfera Federal, mas, também, dos Estados e Distrito Federal. O ministro indica que o quadro atual do sistema prisional do país é agravado em razão das ações e omissões do poder público como um todo. Destaco o seguinte trecho do voto do relator

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. [...] A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. [...] entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

A inércia do poder público, como já apontado, não se restringe ao poder Executivo Federal, perpassa os três poderes em todas as suas esferas. De maneira que cabe ao poder executivo elaborar planos voltados para a redução dos problemas apontados, o legislativo, desenvolver normas capazes de trazer maior dignidade aos detentos e, sobretudo, ao judiciário atuar com clareza a fim de aplicar os dispositivos legais capazes de trazer uma digna execução de pena para os reclusos. Uma falha fulcral que pode ser percebida no que diz respeito a atuação do Poder Judiciário é com relação ao número assustador de presos provisórios que há no Brasil. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024, existem no Brasil, hoje,

¹¹⁴ A análise dos votos do relator e redator irá se restringir aos aspectos penais, de modo que questões afetas ao Direito Constitucional não serão analisadas. Restando de lado, portanto, qualquer análise a respeito da legitimidade da via eleita e a respeito de questões preliminares atinentes à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

aproximadamente 210 mil pessoas presas, o que representa 24,5% de todas as pessoas encarceradas no país.

Depois de analisar o mérito da ADPF 347, o relator concluiu que há omissão e inércia do Estado brasileiro no que diz respeito aos vilipêndios diários que sofrem os detentos. O, agora, ex-ministro Marco Aurélio Mello, aponta que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro da ordem jurídica¹¹⁵. Vedou expressamente a tortura e o tratamento desumano¹¹⁶, bem como a aplicação de penas cruéis¹¹⁷, a carta magna também resguarda o direito à integridade física e moral dos detentos¹¹⁸. Para além dos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, há os tratados, citados nos capítulos anteriores, os quais o Brasil é signatário.¹¹⁹ Ante a não efetivação dos dispositivos legais apontados, o ministro entendeu ser imprescindível a elaboração e execução de um plano nacional voltado para:

(i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuar nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT.

Em razão do exposto o, até então, Ministro Marco Aurélio Mello, concluiu pelo Estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

O ministro redator do acórdão, Ministro Luís Roberto Barroso, ao iniciar seu voto apresenta uma breve síntese do caso, aponta as medidas cautelares deferidas pelo plenário da

¹¹⁵ 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;

¹¹⁶ 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;

¹¹⁷ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: e) cruéis;

¹¹⁸ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

¹¹⁹ Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes - Decreto nº 40/1991, Pacto dos Direitos Civis e Políticos - Decreto nº 592/1992 e Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Decreto nº 678/1992.

corte, bem como o voto do relator. O ministro Barroso sinaliza para necessidade de resguardar os direitos dos presos sob duas perspectivas, são elas:

A primeira, de natureza contramajoritária, ligada ao respeito a direitos fundamentais protegidos pela Constituição e demais diplomas; e a segunda, de natureza majoritária, relacionada aos impactos que um sistema prisional fora de controle gera sobre todos os cidadãos.

A respeito da natureza contramajoritária, adota o posicionamento do relator, ao aduzir os dispositivos constitucionais e os Tratados supraleais os quais o Brasil é signatário, e aponta para o fato dos cumprimentos dos referidos dispositivos não ser mera discricionariedade do executivo e do judiciário, de maneira que a principal dever da Suprema Corte é proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, nas palavras do eminente ministro, quando o Estado mantém os cidadãos nas circunstâncias desumanas, já demonstradas neste trabalho, “ele age em desacordo com suas próprias normas. Procura combater um ilícito com a prática de outros graves ilícitos”.

Apesar de questionável, o redator indica que o segundo motivo que justificaria a atuação da corte é a segurança pública. Portanto, de acordo com o ministro Barroso existe uma relação direta

entre a situação carcerária e as condições de segurança pública, que são objeto de grande apreensão para a maioria dos brasileiros. De fato, as principais organizações criminosas atualmente em funcionamento no Brasil se formaram e operam de dentro de presídios. Trata-se de organizações que fomentam a violência e que vivem da delinquência. [...] A explicação para o fenômeno é simples: diante da omissão estatal e das péssimas condições de vida nas prisões, tais organizações asseguram o ingresso de bens de primeira necessidade no sistema prisional, amparam as mulheres e famílias dos presos e constroem ao longo do tempo laços de apoio e de solidariedade para com eles e seus familiares, ocupando o espaço e as funções não desempenhadas pelo Estado.

Diante de tal conjuntura, reafirma o entendimento adotado na medida cautelar e reconhece o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Ao analisar o mérito da ADPF 347, o redator propõe a análise sobre três eixos: (i) quantidade e qualidade das vagas existentes; (ii) descontrole na entrada; e (iii) falta de controle na saída.

No tocante à quantidade e qualidade de vagas, é feito um levantamento do custo de cada preso aos cofres públicos, de maneira que, segundo Luís Roberto Barroso, em média um preso custa R\$ 2.000,00. Nesse primeiro momento, é feita uma análise econômica de cada detento, e por esta razão é preciso tratar sobre “o tamanho do sacrifício de recursos necessário para enfrentar um encarceramento em tal ritmo, em um país que ainda não solucionou a universalização de demandas sociais essenciais”. Outro questionamento feito ainda dentro do

primeiro eixo diz respeito aos resultados obtidos com o encarceramento, visto que a justificativa da prisão na opinião do redator é “a proteção da sociedade e a necessidade de recuperação do preso (ressocialização)”. Para responder suas próprias provocações, indica que para enfrentar as questões afetas ao encarceramento em massa no Brasil é preciso reduzir o contingente de pessoas presas àquelas que precisam efetivamente ser retiradas do convívio social, aplicando, dessa maneira, medidas alternativas aos demais indivíduos.

Em relação ao problema do descontrole na entrada (eixo 2), de maneira sucinta, o redator aponta que há um descontrole no ingresso de pessoas no sistema penitenciário. Para tanto, indica que a existe um elevado número de prisões/condenações decorrentes de crimes praticados sem violência ou grave ameaça, como por exemplo os delitos previstos na lei de drogas e os crimes contra o patrimônio, sendo o caso do furto, estelionato, receptação, apropriação indébita etc. Portanto, sem deixar de ressaltar a importância dos bens jurídicos em questão, alega que tais prisões poderiam ser substituídas por medidas alternativas, como as previstas na LEP, quais sejam: monitoramento eletrônico e prisão domiciliar. Ainda, assevera que há uma contumaz inobservância por parte dos Tribunais de Justiça das jurisprudências dos Tribunais Superior, leia-se STF e STJ. Como exemplo cita as súmulas 718¹²⁰ e 719¹²¹ do Supremo Tribunal Federal.

O terceiro eixo está relacionado ao fato do sistema penitenciário brasileiro manter pessoas presas além do tempo previsto na sentença penal condenatória. Nesse sentido alega que

(i) os presos são retidos nas prisões indevidamente, por omissão ou mau controle do sistema, conforme detectado por meio de mutirões carcerários; (ii) não usufruem da progressão de regime e do livramento condicional igualmente por omissão, falta de controle ou, ainda, por falta de vaga no regime mais benéfico, ocupando indevidamente as vagas do regime em que se encontra, no último caso, contra precedente vinculante do STF (Súmula Vinculante 56¹²², STF); (iii) não obtêm direito à remição de pena por trabalho e/ou estudo, em consequência da não disponibilização do acesso a tal direito em sua unidade, o que inclusive compromete sua ressocialização.

Nota-se, portanto, que há uma morosidade do judiciário no tocante a prazos previstos na execução penal, de maneira que os apenados têm sido prejudicados, sendo obrigados a cumprirem mais tempo de pena do que o previsto. Motivo suficiente para configurar uma fulcral ilegalidade.

¹²⁰ A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

¹²¹ A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

¹²² A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS

Por fim, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, redator do acórdão, determina as seguintes medidas

(i) Observância dos fins e diretrizes gerais estabelecidos nesta decisão, quando da formulação dos planos nacional, estaduais e distrital (Item IV.1.4). (ii) Submissão dos planos a diálogo interinstitucional e social (proporcional) e à homologação por parte do Supremo Tribunal Federal, devendo conter indicadores de avaliação, resultado e monitoramento, que mensuram a efetividade da intervenção estrutural e como os recursos do FUNPEN são investidos. O conteúdo dos planos deve incluir as diversas medidas examinadas acima, a saber: Eixo 1 – Combate à superlotação carcerária e à má qualidade das vagas: criação de novas vagas, melhoria da infraestrutura e dos serviços a elas associados, realização de mutirões carcerários e progressão de regime nos prazos da LEP, mesmo em caso de omissão estatal, observados requisitos a serem detalhados nos referidos planos, aprovados pelo STF (Item 2.1.). Eixo 2 – Controle dos ingressos no sistema prisional: por meio da realização preferencialmente presencial de audiências de custódia, da aplicação de medidas alternativas à prisão ou dever de declinar as razões pelas quais elas não são adotadas (com base nos arts. 310 e 282, §6º. CPP); medidas de incentivo à observância da jurisprudência do STF em matéria penal e processual penal e de mudança da cultura de hiperencarceramento (Item 2.2.). Eixo 3 – Controle da saída do sistema prisional: com a implantação de sistema eletrônico unificado de acompanhamento da execução e de coleta de dados; mutirões carcerários; compensação pelo cumprimento de pena em regime mais gravoso; criação de central de gestão de vagas e adoção de planos de ressocialização, conforme detalhamento que deve integrar os planos e ser aprovado pelo STF (Itens 2.3 e 3). (ii) Previsão de monitoramento da execução pelo DMF/CNJ, com a supervisão do STF e observados os indicadores propostos, cabendo ao DMF e aos demais atores que atuam nesta ação provocar o STF, em caso de impasses ou de necessidade de medidas e providências específicas que se mostrem obstruídas.

Após apresentadas as medidas a serem tomadas pelos órgãos públicos, restou firmadas as seguintes teses:

1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. **2.** Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, devendo tais planos ser especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. **3.** O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.”

Portanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Contudo, as divergências do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, e do redator, Ministro Luís Roberto Barroso, se deu em razão da efetivação das medidas de mitigação da problemática. O relator entendeu não ser necessário, após a sua criação, o encaminhamento do plano federal para o Supremo Tribunal Federal pois entende que “não compete ao Tribunal deliberar sobre planos de ação formulados pelo Poder Público, voltados à superação da situação do sistema carcerário, e homologá-los, ou não, determinando

providências alternativas ou complementares”. Em outro modo, o redator apontou pela necessidade de uma vez executado o plano pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário - DMF/CNJ, seja encaminhado para supervisão do Supremo Tribunal Federal, bem como estipular que os planos contenham as medidas fixadas na tese do julgamento.

Apesar deste trabalho não ter como metodologia análise jurisprudencial, é importante observar que para além da ADPF 347, ainda durante o trâmite da ação de controle de constitucionalidade, o STF foi demandado algumas vezes para tratar sobre questões relacionadas ao sistema penitenciário brasileiro. Em 2016 por força do recurso extraordinário de nº 641.320 - Tema nº 423, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. A respeito do processo, tratava-se de recurso interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa do réu para reduzir a pena condenatória e fixar a prisão domiciliar “enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda todos os requisitos da Lei de Execução Penal”. O atual decano da corte proferiu a seguinte decisão com repercussão geral:

a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.¹²³

O julgamento do recurso extraordinário nº 641.320 - Tema nº 423 culminou na elaboração da súmula vinculante 56, que veda a manutenção do apenado em regime prisional mais gravoso em caso de falta de estabelecimento prisional.

No ano seguinte, em 2017, chegou ao colegiado da corte o recurso extraordinário de nº 580.252 - tema nº 365, de relatoria do ministro Teori Zavascki, questão relacionada à responsabilidade do Estado brasileiro por dano moral em razão da superlotação carcerária. O recurso em questão foi interposto pela defesa do réu ante o dano moral causado pelas ilegítimas

¹²³ RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11-05-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261

e subumanas condições a que estava submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. O plenário do STF fixou a tese, vencidos, em relação a forma de reparação, os ministros Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Luiz Fux, de que

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.¹²⁴

Ainda nessa temática, está tramitando no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5.170, que pleiteia interpretação conforme à Constituição aos artigos 43¹²⁵, 186¹²⁶ e 927¹²⁷ do Código Civil, reconhecendo-se a responsabilidade civil do Estado por dano moral ocasionado a preso exposto a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária.

Verifica-se que o sistema carcerário brasileiro recorrentemente tem sido levado até as instâncias superiores a fim de que suas mazelas sejam solucionadas. A omissão e inércia em relação a formulação de políticas públicas é notória, visto que os números de detentos no sistema penitenciário do país não apontam para uma diminuição ou, no mínimo, uma estagnação.

Nas três decisões aqui apresentadas, o problema central é a questão da superlotação carcerária. A questão do número excessivo de detentos nas unidades prisionais, como demonstrado no capítulo anterior, é o que culmina grande dos problemas presentes nos presídios brasileiros, pois impacta nas questões afetas à educação, à salubridade do ambiente e, principalmente, à saúde dos apenados.

3.1.2 - PLANO PENA JUSTA

¹²⁴ RE 580252, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16-02-2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017

¹²⁵ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

¹²⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹²⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em razão da tese fixada no acórdão da ADPF 347, o Conselho Nacional de Justiça elaborou um plano para cumprir a determinação do STF. A criação do plano nacional foi antecedido por audiência pública realizada nos dias 29 e 30 de abril de 2024, e contou com a participação de diversas entidades da sociedade civil organizada, bem como com a participação de egressos do sistema prisional e de familiares de detentos.¹²⁸

O Plano Pena Justa é um plano elaborado para o enfrentamento do estado de coisas inconstitucional nas prisões brasileiras, e contou com a parceria entre o Ministério dos Direitos Humanos, Ministério da Justiça e Segurança Pública e o CNJ. O referido programa se divide em eixos centrais de trabalhos, são eles: (i) - Controle da entrada e das vagas do sistema prisional; (ii) - Qualidade da ambiência, dos serviços prestados e da estrutura prisional; (iii) - Processos de saída da prisão e da inserção social e (iv) Políticas de não repetição do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional.¹²⁹

O primeiro eixo vai trabalhar de maneira central o problema da superpopulação carcerária, visto que o Brasil é o hoje o terceiro país em números totais de detentos. Cientes do impacto das taxas de ocupação das unidades prisionais, uma vez que a superlotação impacta diretamente nas condições degradantes no cumprimento de pena, o plano aponta para necessidade de recalcular o número total de vagas do sistema prisional a fim de entender o panorama geral. Ainda, indica para o uso excessivo da pena privativa de liberdade. Como mencionado no primeiro capítulo, tem-se enraizado na sociedade brasileira a crença na pena, sobretudo, a PPL. Para entender essa lógica basta olhar o número de presos provisórios que há no Brasil. O plano ainda aponta para a baixa aceitação das alternativas penais, que, uma vez podendo aplicar o instituto, optam pela pena de prisão. Para tentar mitigar a entrada excessiva de indivíduos no sistema prisional, o plano indica que é importante adotar medidas alternativas à prisão, garantir o acesso à justiça e a ampla defesa. A respeito do uso de medidas alternativas ou desencarceradoras, é necessário que se faça o uso de maneira criteriosa. O professor Salo de Carvalho, em palestra proferida na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, aponta para o fato do Judiciário, em relação às medidas alternativas à prisão, “nas situações de encarceramento, o judiciário continua encarcerando, e nas situações que eram casos de sentenças absolutórias, o judiciário aplica a pena alternativa, ou seja, as penas alternativas

¹²⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/plano-pena-justa/participacao-social/>

¹²⁹ Ver em Pena Justa: Plano Nacional para o enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/plano-pena-justa/documentos-relevantes/>

viraram alternativas a absolvição e não ao encarceramento”¹³⁰. Portanto, não basta apenas adotar o uso de medidas alternativas, é preciso ir além uma vez que como apontou o professor, estas se mostraram ineficazes para frear o encarceramento.

No segundo eixo, o plano pena justa tem como objetivo traçar um panorama a respeito da estrutura das unidades prisionais e dos serviços prestados aos detentos. Para tanto, destaca que é de responsabilidade do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, estabelecer regras quanto à arquitetura e construção de estabelecimentos penais. O plano, no tocante ao segundo eixo, apresenta a necessidade de aprimorar questões afetas ao acesso à água potável, condições de higiene pessoal e limpeza do ambiente, segurança e salubridade no geral. No que diz respeito a má qualidade dos serviços prestados nas unidades prisionais, o plano propõe criar medidas para garantir segurança alimentar e nutricional, ampliar acesso ao trabalho, desenvolver práticas educacionais e implementar estratégias de promoção à saúde mental dos agentes penitenciários. Outro ponto abordado neste segundo eixo é sobre o tratamento desumano e cruel destinado a pessoas privadas de liberdade, motivo pelo qual, ainda que de maneira genérica, o plano propõe a “desnaturalização da morte na prisão por meio da mudança de abordagem e da responsabilização”. Por fim, esse eixo vai trazer questões atinentes à necessidade de reforçar e ampliar as fiscalizações das unidades através das inspeções e relatórios produzidos pelos órgãos da execução penal que exercem controle judicial e externo.

No tocante ao terceiro eixo, o plano faz menção a reinserção do egresso na sociedade. Sabe-se que os egressos carregam consigo um verdadeiro estigma social, estigma esse que é oriundo da criminalização terciária¹³¹ e dos inúmeros problemas enfrentados durante esse processo, bem como pela própria sociedade segregar determinados corpos. Para superar tais questões, o plano sugere a consolidação da Política Nacional de Atenção às Pessoas Egressas - PNAPÉ do sistema prisional e desenvolver maneiras de integrar o egresso ao mercado de trabalho formal. Outro ponto também abordado, que inclusive está presente no voto do Ministro Barroso, diz respeito a gestão dos processos de execução penal, que por vezes, em razão do serviço judicial prestado, faz com que o apenado fique recluso por mais tempo que o devido.

¹³⁰ Aspectos Probatório na Lei de Drogas - Desafios a serem pelo Sistema de Justiça, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 01/03/2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NERTrMKMhBM&t=493s>.

¹³¹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 6ª Edição, outubro de 2011. 8ª reimpressão, julho de 2021

Para essa problemática, sugere ações voltadas para qualificação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU.

No último e derradeiro eixo, após apresentar as medidas para solucionar a situação que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, o plano aponta para maneiras para que não se volte a ter um estado de coisas inconstitucional nas unidades prisionais. No primeiro momento, assim como apresentado no segundo capítulo deste trabalho, reconhece que há um racismo estrutural intrinsecamente ligado à superlotação carcerária, visto que, hoje, mais de 69% dos detentos são pessoas negras, jovens e empobrecidas. Nesse sentido, sugere a necessidade de desenvolver políticas institucionais para a promoção da equidade racial e obter dados referentes ao perfil e as condições sociais dos presos. Nesse eixo também é abordado questões afetas às políticas públicas penais e ao orçamento do Fundo Penitenciário Nacional, uma vez que não há uma estrutura clara no que diz respeito a este fundo e, mais, conta com a ausência de interesse em desenvolvimento de políticas públicas nessa seara. Assim como o voto condutor da ADPF 347, o plano cita o desrespeito aos precedentes do Tribunais Superiores bem como das normativas do CNJ. Para tal questão propõe o fortalecimento da cultura de respeito aos precedentes, havendo, assim, uma fiscalização da atuação dos magistrados de piso. A última questão trazida por este eixo diz respeito à responsabilização e à reparação pública com relação ao sistema prisional. Nesse ponto, pode-se rememorar recurso extraordinário, mencionado neste capítulo, nº 580.252 - tema nº 365.

A efetivação do Plano Pena Justa segue o determinado na ADPF 347, qual seja: em julho de 2024 o plano é entregue para o Supremo Tribunal Federal para sua homologação, posteriormente, após validação do STF, em um prazo de 6 meses deve ser apresentado pelos entes Federativos e Distrito Federal, um plano com cronograma e atividades definidas. A expectativa do Conselho Nacional de Justiça é que em 2027 o plano pena justa esteja sendo executado em âmbito nacional¹³². No dia 16 de outubro de 2024, o Presidente do STF, Ministro Luís Roberto Barroso colocou em pauta para julgamento (homologação) o referido plano.

Nota-se que as medidas apresentadas pelo plano são genéricas e até mesmo tímidas no que diz respeito ao controle do avanço da população carcerária. Adota-se um olhar minimalista como o fim em si mesmo¹³³ no que diz respeito a situação atual do sistema

¹³² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/plano-pena-justa/etapas/>

¹³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de: *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão* / Vera Regina Pereira de Andrade. - Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. (Pensamento criminológico; 19) 2º reimpressão, setembro de 2017. p. 265.

penitenciário nacional. Ainda nessa lógica minimalista, uma medida que é sugerida pelo Defensor Público Rodrigo Roig, bem como pelo Magistrado Luís Carlos Valois é a adoção da ideia de *numerus clausus*¹³⁴, que pode ser definido como

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

Ou seja, dentro de uma lógica que busca resolver as questões afetas à superlotação carcerária, o *numerus clausus* se apresenta como um princípio que busca ao menos a redução da escala de evolução da população carcerária. Incapaz de reduzir de maneira imediata, visto que se opera no sentido de uma vaga para cada preso. Nesse sentido, Valois alude que “o *numerus clausus* é uma ideia amenizadora desses casos”, leia-se o sistema prisional brasileiro.

Até o momento não houve implementação do plano nacional pena justa, tampouco foi aplicado qualquer outra medida a fim de reduzir o contingente carcerário, pelo contrário, o poder executivo¹³⁵ e o próprio STF tem tomado decisões que podem gerar um maior encarceramento de pessoas¹³⁶.

3.2 - A MACRO POLÍTICA CRIMINAL PENITENCIÁRIA BRASILEIRA

Como se observa na decisão da Corte Interamericana a respeito do Instituto Plácido de Sá Carvalho, bem como do reconhecimento, por parte do STF, do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, o objetivo foi conter os danos e, em certa medida, de realizar melhorias estruturais nas unidades prisionais. Melhorias essas que ainda não foram observadas na práxis. A lógica punitiva se mantém, contudo, supostamente revestida de legalidade, visto que se pretende assegurar os direitos dos detentos positivados na Constituição Federal de 1988.

¹³⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal [livro eletrônico] : teoria e prática / Rodrigo Duque Estrada Roig. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. VALOIS, Luís Carlos, Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucional. 2 ed. atual. com base na Lei 13.694/19. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.p. 33

¹³⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/central-de-conteudos/noticias/2024/outubro/presidente-lula-sanciona-lei-que-agrava-pena-de-feminicidio-e-de-outros-crimes-praticados-contr-a-mulher>

¹³⁶ RE 1235340 RG, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 24-10-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 03-08-2023 PUBLIC 04-08-2023. Disponível em:<https://noticias.stf.jus.br/postsnovicias/condenados-por-juri-popular-podem-ser-presos-imediatamente-apos-o-julgamento-decide-stf/>

Não se buscou de maneira alguma questionar o poder de punir, nem mesmo se ousou propor alternativas à prisão. Aliás, desde a década de 1990, o Brasil possui diversos métodos de resoluções que buscam diminuir o encarceramento dos ditos criminosos, contudo, esses pouco foram capazes de conter o avanço do encarceramento em massa. Com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro as penas restritivas de direitos, que tinham como objetivo final, nas hipóteses de sua aplicação, substituir a pena de prisão. Acerca desse mecanismo inserido pela reforma de 1984, Juarez Cirino dos Santos aponta que

os substitutivos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle, com a possibilidade do reencarceramento se a expectativa comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores¹³⁷

Ao olhar o cenário do sistema prisional brasileiro é possível afirmar que a análise do professor Juarez Cirino se mostrou acertada. De igual modo, ainda sob os ventos da reforma penal, na década de 90 foram promulgadas algumas leis que buscam a descarcerização, são elas: Lei dos Juizados Criminais (9.099/95) e Lei das Penas Alternativas (9.714/98). Salo de Carvalho aponta que os vetores principais da nova mentalidade trazida por essas leis foram: desburocratização, informalidade, celeridade, mediação penal, reparação de danos e ressocialização do autor do fato. Contudo, apesar de sua finalidade principal ser a redução ou, no mínimo, a contenção do encarceramento, não foi o que se viu na prática.

Diante das práticas adotadas pelo estado brasileiro, através do Executivo, legislativo e mais recente pelo Judiciário, por meio da ADPF 347, analisada acima, é possível constatar uma linearidade nas medidas adotadas pelo país em matéria penal, sobretudo no que diz respeito à política criminal penitenciária. O poder público, como apontado no início desse trabalho, apostou na utilização do direito penal, isto é, da coerção realizada pelo direito penal, para realizar o controle dos indesejados, de maneira que a uso da prisão se tornou um grande vetor de controle social, controle este que se fundamenta a partir da crença na pena e, sobretudo, na disseminação do medo, o medo do outro, do diferente, do inimigo.

¹³⁷ Juarez Cirino dos Santos apud Carvalho, Salo & Achutti, Daniel. (2021). Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos. 42. 1. 10.5007/2177-7055. 2021.e74694.

Nota-se, como já restou comprovado, o indesejado na sociedade brasileira e, conseqüentemente, o escolhido pelo direito penal, o cliente do processo de criminalização é majoritariamente o preto e pobre, os mais vulneráveis socialmente falando. Desta forma, sendo os invisíveis, a população historicamente renegada ao direito de políticas públicas, observa-se que não há por parte dos agentes políticos qualquer interesse a fim de questionar o uso do poder punitivo, pelo contrário esse uso é legitimado diariamente por diversas áreas da sociedade. Obviamente não só por este motivo, mas certamente também por este motivo, a política criminal penitenciária brasileira é de legitimação da prisão dentro de supostos vieses de legalidade¹³⁸.

Como já exaustivamente apontado, o estado brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre a questão penitenciária, tratados estes que irão apontar sobre a maneira que se deve executar a pena, principalmente a privativa de liberdade, para além disso, o ordenamento jurídico brasileiro traz na Lei de Execução Penal, especificamente em seu art. 88, parágrafo único, incisos “a” e “b”¹³⁹ diretriz para o cumprimento da PPL. É de conhecimento amplo que o Brasil não tem cumprido tais dispositivos legais, entretanto, como se observa, há uma movimentação, ainda que tímida - ADPF 347 e decisão da Corte em relação ao IPSSC - a fim de efetivar as leis que versam sobre a temática. Dado o abismo entre os números da realidade brasileira apresentados neste trabalho e o texto de lei, talvez leve a muitos concluir que a efetivação de tais artigos de lei, ou seja, o mero cumprimento da lei já seria o suficiente para modificar o quadro do sistema carcerário brasileiro, de modo a gerar um efetivo progresso na política criminal. Contudo, como já evidenciado, a pena de prisão é incapaz de cumprir com as suas ditas funções, logo, mesmo que respeitados todos os direitos previstos nos tratados, bem como na constituição e leis infraconstitucionais, ainda assim não se justificaria a pena como meio de controle social.

¹³⁸Neste sentido, aponta Alessandro Baratta: Realmente, as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização. As estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista. O Professor Juarez Cirino dos Santos aponta que “o sistema carcerário é o centro da crítica radical ao sistema de justiça criminal, na sua função de dupla reprodução: reprodução das desigualdades das relações sociais capitalistas (pela garantia da separação trabalhador/meios de produção) e reprodução de um setor de estigmatizados sociais, recrutado do exército industrial de reserva, qualificado negativamente em dois sentidos: pela posição estrutural de marginalizado social (fora do mercado de trabalho) e pela imposição superestrutural de sanções estigmatizantes (dentro do sistema penal)”. *Criminologia Radical*. – 4. Ed. – Florianópolis. Tirant Lo Blanch, 2018. p. 46

¹³⁹ Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

A sociedade brasileira como um todo vive em um eterno discurso reformista penal, que em certa medida, tem muito do discurso garantista¹⁴⁰, razão pela qual o discurso penal opera dentro das suas próprias contradições e falhas, se retroalimentando destas e sempre deixando de lado uma análise mais profunda e concreta da realidade. Assim, como apontado na última nota de rodapé, em razão de uma sociedade capitalista neoliberal que tem como norte a subordinação e a desigualdade social, o sistema penal, leia-se as unidades prisionais, serão um vetor extremamente importante para a efetivação dessa subordinação e, conseqüentemente, cristalizar a desigualdade social. Nesse sentido, Vera Malaguti Batista aponta que

o sistema penal tornou-se o território sagrado da nova ordem socioeconômica, atualizando a reflexão de Rusche: sobram braços e corpos no mercado de trabalho, aumentam os controles violentos sobre a vida dos pobres.¹⁴¹

O discurso penal brasileiro, hoje, é calcado em uma lógica penal reformista, aliás, esse pensamento vem norteando o discurso penal brasileiro, no mínimo, desde a década de 90, como apresentado no início deste tópico, uma vez que os substitutivos penais ganharam uma certa aderência, apesar de na prática não serem capazes de mudar a realidade nacional.

Portanto, é possível concluir pela presença do garantismo legitimante no discurso jurídico-penal brasileiro. Ou, como aponta Vera Regina Pereira de Andrade, um minimalismo em si mesmo¹⁴², isto é, um minimalismo que tem fim em si, que não busca ser um caminho para alternativas à prisão, mas, que, justifica e legitima a pena de prisão.

3.3 - A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL RADICALMENTE ALTERNATIVA

Uma vez demonstrado os dados da realidade penitenciária brasileira, bem como a política criminal que norteia o debate público e as ações estatais acerca do tema, observa-se que tem sido insuficiente para chegar ao centro da questão. A pena, ao contrário dos discursos oficiais, tem servido apenas para subjugar os mais vulneráveis, selecionando-os e os

¹⁴⁰ Garantismo aqui como crítica a expansão do poder punitivo, mas que, contudo, o legitima.

¹⁴¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. - Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 5ª reimpressão, 2023. p. 100

¹⁴² O modelo minimalista denominado "garantismo" de Luigi Ferrajoli, representativo da segunda linha enunciada e exposto em seu clássico "Direito e Razão", parte da deslegitimação do sistema penal, mas acreditando que ele possa ser relegitimado, o minimalismo é apresentado como fim em si mesmo - um Direito penal mínimo para uma sociedade futura.

enclausurando nas prisões brasileiras. Nesse sentido, Baratta alude que o “sistema penal é subordinado a uma ideologia que corresponde aos interesses das classes dominantes”¹⁴³.

Desta forma, tendo como base o trabalho realizado pela criminologia crítica brasileira a partir da década de 1970, em que buscou apresentar de modo claro qual o papel do sistema de justiça criminal, sobretudo, o sistema penitenciário. É importante apontar que em razão do aludido por Baratta e referenciado acima, o sistema penitenciário virou uma máquina de moer gente. Tendo em vista os dados apresentados neste trabalho, não é difícil chegar até tal afirmação, visto que os detentos estão sujeitos a celas extremamente lotadas, péssimas condições de salubridade, falta de higiene, alimentação precária, violências físicas e psicológicas, situação que muitas vezes, gerando a morte seja por homicídio ou suicídio. Nessa linha, Maria Lucia Karam aponta que hoje a função da pena tem sido

o fornecimento de mão-de-obra para as atividades ligadas à circulação ilegal do capital, mão-de-obra cujo recrutamento se faz, preferencialmente, entre a população criminalizada, impedida de exercer qualquer trabalho honesto, pelos mecanismos de rejeição, produzidos e incentivados pelas próprias agências do sistema penal.¹⁴⁴

Em igual linha de raciocínio, o Ministro Evandro Lins e Silva, em uma conferência pronunciada durante o Colóquio Marc Ancel - Sistema Penal para o Terceiro Milênio, em 2 de outubro de 1990, assevera que a

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

Chega-se, mais uma vez, à conclusão que o encarceramento de um indivíduo é incapaz de aperfeiçoá-lo, de reajustá-lo para voltar para o convívio social. Portanto, visto que é impossível demonstrar qualquer fator positivo que possa justificar a imposição de uma pena privativa de liberdade, é imperioso que se construa uma política anticarceraria criminologicamente orientada. Para tanto, Vera Malaguti, em citação indireta a Alessandro

¹⁴³ Ibid. 205

¹⁴⁴ Ibid. 185.

Baratta aponta para a necessidade de se pensar em alternativas à pena¹⁴⁵, e não em penas alternativas, como foi, e tem sido até hoje, o discurso político-criminal brasileiro.

Ademais, pensar em uma política criminal alternativa pressupõe, por óbvio, a extinção da PPL, logo, se tem, ainda que de maneira abstrata, o abolicionismo como objetivo final. Mas para isso, é importante que seja observada a realidade, e no caso em questão, a realidade brasileira. Uma política criminal alternativa, ou seja, uma política criminal penitenciária radicalmente alternativa não poder ser fundamentada no aprimoramento das unidades prisionais, em melhores condições de execução de pena, ou somente na efetivação dos direitos previstos em lei, ainda que se entenda que estes pontos são de extrema relevância e importância, é necessário ir além, sob o risco cair no senso reformista e humanitário.

A professora Vera Malaguti aponta que Salo de Carvalho entende o garantismo como uma estratégia abolicionista a partir do conhecimento histórico das funções da pena e do direito penal. A respeito disso, ainda que seja importante o que Vera Malaguti aponta, é necessário que tal garantismo não seja um fim em si mesmo, isto é, seja utilizado para pavimentar bases e estratégias que levem para o caminho da abolição da pena de prisão tendo em vista os problemas que esta gera.

Portanto, é necessário que sejam adotadas medidas para além das reformas penais, do uso dos substitutivos penais, visto que já restou comprovados que essas são ineptas para solucionar o problema do sistema penitenciário brasileiro. Para tanto, é preciso trabalhar e desenvolver métodos e táticas para superação da lógica da pena. Superar a aptidão punitiva é imperioso. Logo, a abolição da pena de prisão deve ser o objetivo final, o caminho a ser perseguido.

Contudo, ante as inúmeras limitações que tal postulado possa apresentar durante o percurso, há maneiras concretas para conter o poder punitivo e, consequentemente, reduzir de maneira considerável o encarceramento de pessoas. Hoje, majoritariamente os detentos presos foram condenados por terem praticado crimes contra o patrimônio ou foram tipificados na Lei 11.343/06 - Lei de Drogas. Nesse sentido, há um forte debate acerca da descriminalização das drogas, o que geraria uma redução do número do efetivo das unidades prisionais. Acerca dos crimes contra o patrimônio, há um anteprojeto de código penal¹⁴⁶, apresentado pelo Senador José Sarney, que previa a modificação do tipo penal do crime de furto, que, caso o anteprojeto

¹⁴⁵ Ibid. 106

¹⁴⁶ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>

tivesse avançado e aprovado, mudaria a ação penal do crime em questão, que passaria a exigir necessidade de representação da vítima, fato que já ocorre com o crime de estelionato.

Acerca do crime contra os crimes contra o patrimônio, a lógica apresentada pelo anteprojeto poderia valer para todos os delitos que buscam proteger o patrimônio do cidadão. Sendo o bem jurídico de cunho pessoal, logo, individual, uma vez ferido não atinge a coletividade, qual é o interesse estatal em perquirir uma ação penal sem a anuência e concordância da vítima? As mudanças acima apontadas não têm o condão de substituir a necessidade de uma política criminal radicalmente alternativa, apenas apontar caminhos para minimizar as mazelas do sistema até que seja possível sua abolição por completo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização desse trabalho, se buscou apresentar os problemas gerados a partir da crença da pena como método de solução de conflito, bem como do seu nascimento e do seu fundamento precípua, qual seja: o direito de punir. Sob um olhar crítico, orientado pela criminologia crítica brasileira, se pretendeu apresentar que não há um direito subjetivo do estado em punir um cidadão, senão um poder de punir a partir do olhar de Nilo Batista.

Após pesquisa dos dados históricos e contemporâneos acerca da evolução da superlotação do sistema penitenciário brasileiro, se observou que o encarceramento em massa tem sido a lógica operada pelo estado brasileiro, de maneira que esta prática tem gerado diversos problemas para os detentos, seja por meio das péssimas condições estruturais das unidades prisionais, seja por meio dos problemas de saúde e faltas de condições dignas de cumprimento de pena. Nesse sentido, restou evidenciado no Instituto Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro, que apresentou sinais de superlotação já no ano de 2013.

Com a análise do sistema penitenciário brasileiro como um todo, e com o olhar da criminologia crítica brasileira, que é uma criminologia anticarcerária, foi possível verificar que as funções declaradas da pena não realizam nenhuma das suas funções, pelo contrário, restou claro que a pena de prisão tem sido utilizando, em um estado capitalista como o brasileiro, para segregar determinados corpos, que como demonstrado no segundo capítulo, em sua grande maioria, cerca de 70% são jovens e negros.

Esta pesquisa, também, evidenciou, algo que até então não estava tão claro, que política criminal adota pelo Brasil pode ser entendida como pan-penalista, visto que com o surgimento dos juízes especiais criminais, o estado passou a interferir mais diretamente nas relações penais, de maneira que condutas que antes não eram levadas ao judiciário, passaram a ser judicializadas. Para além disso, com um discurso garantista tem buscado legitimar de maneira massiva o discurso jurídico penal, mesmo que com um ar reformista.

Como se tentou demonstrar, o garantismo penal ou o minimalismo com fim em si mesmo, tem se mostrado e se mostrou incapaz de resolver os problemas do sistema penitenciário. Ainda que respeitado os direitos dos detentos, que as celas tenham condições mínimas de sobrevivência, a natureza da pena de prisão é a segregação. Natureza essa equivocada, já que se uma das funções declaradas da pena é ressocializar o indivíduo, que sentido faz retirá-lo do convívio social para depois o reinseri-lo?

O direito penal, e aqui o termo é um utilizado em sentido amplo, é pressupõe repressão e, sobretudo, uma repressão seletiva, como demonstrado no trabalho. O Direito penal por sua razão de existir, é racista, machista, misógino, lgbtfóbico, o direito penal é utilizado para gerir as massas, isto é, utilizado para conter e controlar os indesejáveis e invisíveis, as maiorias minorizadas. Portanto, qualquer teoria, ainda que redutora, que o legitime, será incapaz de resolver o problema institucional do sistema penitenciário do Brasil.

Por este motivo, acreditamos que, mesmo com o esforço realizado pelo Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o plano pena justa será insuficiente para dirimir os problemas do sistema penitenciário brasileiro. O problema das unidades prisionais do Brasil são frutos de um problema muito mais pronto da realidade nacional, de maneira que apenas possibilitar melhores condições de execução penal não será suficiente. Ademais, o país mal tem conseguido juntar esforços para possibilitar vida digna para os cidadãos não estigmatizados pela seletividade penal, certamente não irá unir forças para acabar com as mazelas enfrentadas pelos detentos do país. Além disso, a falta de políticas alternativas a prisão e, antes disso, alternativas a judicialização da vida cotidiana é um empecilho para a diminuição do encarceramento brasileiro.

Não se pode com o argumento garantir o mínimo existencial para os detentos, perder a abolição da pena do horizonte. Entendemos que a abolição da pena de prisão não é um caminho que se traça da noite para o dia, contudo, deve ser feito por meio de construções teóricas e práticas, com a participação da sociedade civil, por meio dos movimentos sociais, e dos acadêmicos, dos professores e alunos das universidades, sobretudo as públicas.

O fim da pena de prisão, dificilmente ocorrerá em uma sociedade capitalista que necessita, para o seu pleno funcionamento, da segregação dos mais pobres e precarizados. Logo, a luta pela abolição da pena privativa de liberdade, deve passar, também, por uma luta de mudança conjuntural da sociedade.

Contudo, é importante que se tenha em mente, enquanto este momento não se avizinha, é imperioso que se tenha como prática diária um minimalismo penal, não um minimalista que busca legitimar o poder punitivo, mas um minimalismo deslegitimador, disruptivo com a lógica penal.

Ainda que para muitos o abolicionismo penal seja utópico, é importante se internalizar que o impossível só se torna possível se tentado exaustivamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo: 2003

ANDRADE, Vera Regina Pereira de: Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão / Vera Regina Pereira de Andrade. - Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. (Pensamento criminológico; 19) 2º reimpressão, setembro de 2017. p. 265.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2019. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 13, 2019. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/de3ac14f-56ea-416c-a850-37bab76f91b0>

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2020. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 14, 2020. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/6ff530e4-8b9f-4e9f-b5d1-237093813356/full>

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2021. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 15, 2021. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/2c290f1f-6b52-4ba2-b1de-5bb33f7245fb>

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/6b3e3a1b-3bd2-40f7-b280-7419c8eb3b39>

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2024. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/f62c4196-561d-452d-a2a8-9d33d1163af0>

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 - Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6 edições, outubro de 2011. 8ª reimpressão, julho de 2021.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. - 12ª edição, revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Revan, 2011. 7ª reimpressão, agosto de 2022. p. 107

_____, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. - Rio de Janeiro: Revan, 2003. 3ª reimpressão, agosto de 2021. p. 51

_____, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. - Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 5ª reimpressão, 2023. p. 100

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas; Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. - 2 ed. - São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral - arts. 1º a 120. 28ª ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022

BRUNO, Anibal. Direito Penal. Tomo 1. Editora Forense. pg. 33

CACICEDO, Patrick. O Princípio da Less Eligibility, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306 - 316, jan - fev. 2015

_____, Patrick. Pena e Funcionalismo: Uma Análise crítica da prevenção geral positiva. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2017

CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal brasileiro. 3. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 7

_____, Salo & Achutti, Daniel. (2021). Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos. 42. 1. 10.5007/2177-7055.2021.e74694.

CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND, Elisabeth. Direitos dos Presos - Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 93.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Criminologia: Contribuição para crítica da economia da Punição. 1º ed. Tirant Lo Blanch: 2021. p. 27

_____, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. - 10. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. p. 456

_____, Juarez. Criminologia Radical. - 4. Ed. - Florianópolis. Tirant Lo Blanch, 2018. p. 46

CONSTITUIÇÃO FEDERAL; Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PROPÕE AGENDA QUE AJUDA BRASIL A CUMPRIR DECISÕES DA CORTE IDH SOBRE SISTEMA PRISIONAL - Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-propoe-agenda-que-ajuda-brasil-a-cumprir-decisoes-da-corte-idh-sobre-sistema-prisional/>

CONVENÇÃO CONTRA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS E PENAS CRUÉIS, DESUMANOS E DEGRADANTES - Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm

DURKHEIM, 1968, p. 65, apud BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 6ª Edição, outubro de 2011. 8ª reimpressão, julho de 2021.

FRAGOSO, Heleno. Direito dos presos. – Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FERNANDES FONSECA, Daniel. Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade. Capítulo V, p.117 - 138. XVI Revista do CEPEJ

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; Tradução de Raquel Ramallete. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014

JAKOBS, Gunther., MÉLIA, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p .39

NEDER, Gisele. Iluminismo jurídico-penal luso brasileiro: Obediência e submissão. Editora Revan, 2007. p. 185

KARAM, Maria Lucia. De crimes, penas e fantasias. – Niteroi, Rio de Janeiro: Luam ed., 1991.

SANTOS, Luiz Dal. A punição no Brasil: Crítica do giro punitivo. - 1 ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2024

Sistema penal para o Terceiro Milênio: (atos do Colóquio Marc Ancel). Organização João Marcello de Araujo Junior. – Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 40

SOUZA. Taiguara Libano Soares. A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro. - 1. ed.- Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 180 e 181.

SOZZO, Maximo. “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina. In: Sistema Penal & violência. Porto Alegre, vol. 1, nº 1, jul./dez. 2009

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO CIVIS E POLÍTICOS - Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

PAULO NETTO, José. Introdução ao estudo do método de Marx. – 1.ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 20 e 21.

RIO TEM UM DOS PIORES PRESIDIOS DAS AMERICAS DIZ COMISSÃO IDH - Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9980-Rio-tem-um-dos-piores-presidios-das-Americas-diz-Comissao-IDH>

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal [livro eletrônico] : teoria e prática / Rodrigo Duque Estrada Roig. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2º ed. 2004. Rio de Janeiro. Tradução, revisão técnica e nota introdutória: Gizlene Neder. Editora revan

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 3. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 439.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998. p. 101

VALOIS, Luís Carlos, *Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucional*. 2 ed. atual. com base na Lei 13.694/19. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 18.

ZAFFARONI, Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. - Rio de Janeiro: Revan, 1991, 6ª edição, agosto 2021. p. 57.

ZAFFARONI, Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal* - Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 4ª reimpressão, outubro 2019. p. 115.