

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

A CRISE DA EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

CARLOS ALBERTO SILVA PERISSÉ

**RIO DE JANEIRO
2018/1º SEMESTRE**

CARLOS ALBERTO SILVA PERISSÉ

A CRISE DA EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

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

RIO DE JANEIRO
2018/1º SEMESTRE

P446c

Perissé, Carlos Alberto Silva
A CRISE DA EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO / Carlos Alberto Silva
Perissé. -- Rio de Janeiro, 2018.
59 f.

Orientador: Rodrigo Gonçalves Machado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Execução Penal. 2. Sistema Penitenciário. 3.
Direitos. I. Machado, Rodrigo Gonçalves, orient. II.
Titulo.

-CARLOS ALBERTO SILVA PERISSÉ

A CRISE DA EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

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

Data da aprovação ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2018/1º SEMESTRE

DADOS PESSOAIS

Carlos Alberto Silva Perissé

DRE nº. 113034310

Telefone: (21) 2264-5024

Celular: (21) 99537-2086

E-mail: carlosperisse@hotmail.com

Endereço: Rua Conde de Bonfim, n. 101, apartamento 1001, Tijuca, Rio de Janeiro,

CEP: 20520-050

Turno: Integral

Orientador: Professor Mr. Rodrigo Gonçalves Machado

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o contexto da crise da Execução Penal, com um estudo sobre a Lei 7.210/1985, analisando todos os direitos e garantias previstos nela. A partir disso, entender quais motivos da ineficácia e inaplicabilidade da norma, que gera como consequência um forte impacto no sistema penitenciário brasileiro. Este também é objeto de estudo, apontando a dura realidade vivida nos estabelecimentos penais do Brasil, locais onde os condenados sofrem com a violação de seus direitos fundamentais, quando deveriam ser tratados com dignidade como qualquer outro cidadão.

Palavras-chave: Execução penal; prisão; direitos; sistema penitenciário; presos; condenados.

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar el contexto de la crisis de la Ejecución Penal, con un estudio sobre la Ley 7.210/1985, analizando todos los derechos y garantías previstos en ella. A partir de eso, entender cuales son las razones de la ineficacia e inaplicabilidad de la norma, que genera como consecuencia un fuerte impacto en el sistema penitenciario brasileño. Este también es objeto de estudio, apuntando la dura realidad vivida en los establecimientos penales de Brasil, donde los condenados sufren con la violación de sus derechos fundamentales, cuando deberían ser tratados con dignidad como cualquier otro ciudadano.

Palabras clave: Ejecución penal; prisión; derechos; sistema penitenciario; prisioneros; condenado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I – DO OBJETO E APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	11
1.1 Da Execução Penal	11
1.1.1 Conceito, pressuposto fundamental e natureza jurídica.....	11
1.1.2 Sujeitos e Objeto (art. 1º da LEP)	12
1.1.3 Início do processo de execução.....	13
1.2 Direito de Execução Penal e Direito Penitenciário	14
1.2.1 Autonomia do Direito de Execução Penal.	15
1.2.2 Antecedentes históricos da execução penal no Brasil.....	16
1.3 Da necessidade de obediência à CRFB/88 e da permanência de direitos	17
1.3.1 Princípios constitucionais explícitos do processo penal.....	18
1.3.1.1 Dignidade da pessoa humana.....	18
1.3.1.2 Devido processo legal.....	19
1.3.1.3 Juiz natural.....	20
1.3.1.4 Contraditório e ampla defesa.....	21
1.3.1.5 Presunção de inocência.....	22
1.3.1.6 Motivação das decisões judiciais.....	23
1.3.2 A assistência ao preso.....	24
1.3.3 Formas de assistência.....	25
1.3.3.1 Assistência material.....	25
1.3.3.1 Assistência à saúde.....	26
1.3.3.1 Assistência jurídica.....	27
1.3.3.1 Assistência educacional.....	28
1.3.3.1 Assistência social.....	29
1.3.3.1 Assistência religiosa.....	30
1.4 Conceito da Pena e Princípios regentes da aplicação da pena	30
1.4.1 Princípio da intranscendência da pena.....	31
1.4.2 Princípio da legalidade.....	31
1.4.3 Princípio da inderrogabilidade.....	32
1.4.4 Princípio da proporcionalidade.....	33
1.4.5 Princípio da individualização da pena.....	34
1.4.6 Princípio da humanidade.....	34
CAPÍTULO II – DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS	36
2.1 Considerações gerais	36
2.1.1 Origens e evoluções das prisões.....	37
2.2 A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro	38
2.2.1 Penitenciárias.....	39
2.2.2 A população carcerária em números.....	41
2.2.4 Os conflitos carcerários e direito de resistência.....	41
2.2.5 A administração carcerária e o Poder Disciplinar.....	42
2.2.5.1 O controle do indivíduo e da “massa carcerária”.....	44
CAPÍTULO III – DA INEFICÁCIA DO ATUAL MODELO DE EXECUÇÃO PENAL	46
3.1 Teoria Geral do Garantismo.....	46
3.1.2 A proposta garantista de limitação do poder punitivo.....	47
3.1.3 Garantismo e execução penal.....	48
3.2 A Crise da Execução Penal e o Sistema Penitenciário	50
3.2.1 O sistema de execução instituído pela LEP e a necessidade de recodificação.....	51

3.2.2 Da impossibilidade de ressocialização.....	52
3.2.3 A desumanização e a importância dos Direitos Humanos.....	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho dedica-se a analisar o contexto e os reflexos da crise da Execução Penal no Brasil.

Para tal, é realizado um estudo sobre todo o conteúdo disposto na Lei 7.210/1984, onde temos assegurado um amplo rol de direitos, sejam eles fundamentais como à assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa (art. 41, inciso VII) ou até direitos mais contemporâneos como a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo (art. 41, inciso VIII).

Diante disso, busca-se entender o porquê da ineficácia e inaplicabilidade do que está previsto nos artigos da Lei de Execução Penal, quando o mínimo que o Estado deveria fazer por aqueles que estão sob sua tutela é aplicação do que está normatizado e garantir todos os direitos previstos na lei.

Dessa forma, analisa-se o contexto histórico, aspectos, conceitos, princípios, garantias da Lei de Execução Penal, chegando ao impacto dela na questão do sistema penitenciário brasileiro.

É objeto de estudo essa dura realidade vivida hoje nos estabelecimentos prisionais do país, comparando a previsão legal com o que de fato acontece, apresentando as violações e o estado de precariedade que está sujeito um apenado. Com ajuda de dados estatísticos, temos a real noção do problema penitenciário que o Brasil vive, sendo atualmente a 3ª maior população carcerária do mundo.

Visto isso, passando por um panorama histórico e atual, pretende-se com este trabalho monográfico concluir quais são os aspectos relevantes e incoerentes no ordenamento jurídico pátrio referente à execução penal, que geram essa realidade controversa do que está previsto e do que de fato acontece no dia a dia do sentenciado.

Ademais, buscar as exatas raízes do problema e discutir a possibilidade de solução para a complexa questão penitenciária no Brasil, além de ressaltar necessidade e importância de se respeitar os direitos fundamentais do indivíduo encarcerado, pois trata-se de sujeito de direitos, devendo ser tratado com dignidade como qualquer outro cidadão.

CAPÍTULO 1 – DO OBJETO E DA APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1.1 Da execução penal

1.1.1 Conceito, pressuposto fundamental e natureza jurídica

Conforme disciplina o artigo 1º da Lei nº 7.210/1984, “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

A partir disso, compreende-se que a execução penal pode ser definida como o conjunto de normas e princípios que visa efetivar o comando judicial determinação na sentença penal que estabelece uma medida de segurança ou que impõe ao condenado uma pena, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Deve-se ressaltar que se trata de um processo autônomo, não se confundindo com o processo penal de conhecimento, tendo em vista que possui seu próprios autos, legislação específica e procedimento próprio.

É pressuposto fundamental à execução penal a existência de título executivo judicial, proveniente de sentença transitada em julgado, de caráter condenatória ou absolutória imprópria. Além disso, as decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, também se sujeitam a execução.

O entendimento doutrinário sobre a questão da natureza jurídica da execução penal não é pacífico, havendo por um lado quem defenda seu caráter puramente administrativo, e por outro, quem sustente sua natureza eminentemente jurisdicional. Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover aborda:

Na verdade, não se desconhece que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicionais e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.¹ (GRINOVER, 1987, p. 7)

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

Porém, para Renato Marcão, temos que:

A execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que envolve [...]. Embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda; prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução.² (MARCÃO, 2012, p. 32/33)

Sendo assim, atualmente, predomina o entendimento de que a natureza jurídica é de processo predominantemente jurisdicional e, secundariamente, administrativa, pois constata-se que o título que se pauta a execução é uma sentença penal condenatória, uma sentença absolutória imprópria ou uma decisão homologatória de transação penal, devendo o cumprimento forçado desses títulos dar-se apenas em virtude de determinação do Poder Judiciário.

Não obstante, mesmo uma parte da execução penal referindo-se a providências que ficam a cargo das autoridades penitenciárias, momentos de atuação administrativa, é garantido ao apenado o acesso ao Poder Judiciário e as garantias que lhe são inerentes, como contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras.

1.1.2 Sujeitos e Objeto

Independente do papel exercido pelo ofendido no processo de conhecimento, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria e começada a fase da execução penal, cessa para o ofendido a possibilidade de atuação.

Dessa forma, a execução da pena, enfim, é monopólio estatal, sendo o Estado sujeito ativo da execução, independentemente da natureza da ação penal que gerou a sentença, não pode o particular nela se imiscuir com o objetivo de fazer cumprir o comando incorporado à decisão penal transitada em julgado, muito menos insurgir-se em relação a benefícios concedidos durante o cumprimento da pena ou intervir em incidentes da execução.

² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32/33

Quando se trata de uma execução penal de natureza pública, é papel do Ministério Público a intervenção em todos os termos, requerendo as providências necessárias para o devido cumprimento da condenação, seja da medida de segurança ou da pena imposta ao executado.

No entanto, temos no executado o papel de sujeito passivo da execução penal, isto é, aquele a quem é imposta a pena (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) ou aplicada medida de segurança, podendo tratar-se tanto de preso provisório quanto de preso definitivo, em caso de pena privativa de liberdade, conforme previsto no art. 2º, parágrafo único da Lei 7.210/1984.

Quanto ao objeto da execução, nota-se em vários dispositivos da Lei 7.210/84, começando pelo seu primeiro artigo, a questão da reintegração social do condenado e do internado, apesar de serem eles retirados do convívio em comunidade por determinado tempo. O referido artigo estabelece dois fins primordiais da execução, sendo eles a efetivação do mandamento incorporado à sentença penal e a reinserção social do condenado.

Neste ponto, Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

o sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na Lei de Execução, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não se confundido com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado.³ (MIRABETE, 2004, p. 28)

Desse modo, é objetivo da execução proporcionar as devidas condições para a reintegração social do indivíduo apenado, não se resumindo somente ao plano teórico, como, ao contrário, tem balizado decisões do Poder Judiciário sobre concessão ou negativa de benefícios.

1.1.3 Início do processo de execução

Dado o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória imprópria, caberá ao juiz da execução, ao receber os autos do processo, determinar as providências cabíveis para

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28

o cumprimento da medida de segurança ou da pena, desenvolvendo-se então, por impulso oficial, sem necessidade de ser provocado pelo Ministério Público ou outra parte.

Via de regra, não há necessidade de nova citação, visto que já existe ciência por parte do condenado da ação penal ajuizada contra ele, bem como intimação da sentença condenatória, momento no qual pode exercer o direito ao duplo grau de jurisdição.

A particularidade fica por conta da pena de multa, pois nesses casos, não sendo paga no prazo de 10 dias após o trânsito (conforme previsão do art. 50, *caput*, do Código Penal), pode o juiz, de ofício, determinar a intimação do condenado para o cumprimento, podendo vir a ser deduzido em juízo competente ação de execução, buscando penhora, caso ainda não tenha ocorrido o pagamento da multa determinada pela sentença.

1.2 Direito de Execução Penal e Direito Penitenciário

Tendo em vista que foi estabelecido na Lei 7.210/84, a necessidade de se proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, sendo então, uma das finalidades da execução penal, fez-se necessário a designação do termo Direito de Execução Penal, este que vai além da expressão já consagrado pela doutrina internacional, Direito Penitenciário.

Trata-se, portanto, da clara demonstração de que este Direito não se restringe apenas as soluções relacionadas ao cárcere, como também incorpora o estabelecimento de medidas que buscam a reabilitação e ressocialização do condenado no ordenamento pátrio, por conseguinte, responsável pela disciplina que rege o processo de cumprimento da sentença penal, seus objetivos e consequências.

Desta forma, a Exposição de Motivos nº 213/83, que tratou sobre a Lei 7.210/84 fez referência à expressão nos itens 8 e 9, onde afirmou:

8. O tema relativo à instituição de lei específica para regular a execução penal vincula-se à autonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva. Tem-se usado a denominação Direito Penitenciário, à semelhança dos penalistas franceses, embora se restrinja essa expressão à problemática do cárcere. Outras, de sentido mais abrangente, foram propostas,

como Direito Penal Executivo por Roberto Lyra ("As execuções penais do Brasil", Rio de Janeiro, 1963, pág. 13) e Direito Executivo Penal por Ítalo Luder ("*El principio de legalidad en la ejecución de la pena*", in Revista del Centro de Estudos Criminológicos, Mendoza, 1968, págs. 29 e seguintes).

9. Em nosso entendimento pode-se denominar esse ramo Direito de Execução Penal, para abrangência do conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança (cf. Cuello Calón, "Derecho Penal", Barcelona, 1971, vol. II, tomo I, pág. 773; Jorge de Figueiredo Dias, "Direito Processual Penal", Coimbra, 1974, pág. 37).⁴ (BRASIL, 1983)

1.2.1 Autonomia do Direito de Execução Penal

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de ciência autônoma, com princípios próprios, embora sem, jamais, desvincular-se do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por razões inerentes à sua própria existência. A insuficiência da denominação Direito Penitenciário torna-se nítida, na medida em que a Lei de Execução Penal cuida de temas muito mais abrangentes do que a simples execução de penas privativas de liberdade em presídios. Logo, ao regular as penas alternativas e outros aspectos da execução penal, diversos da pena privativa de liberdade, tais como o indulto, a anistia, a liberdade condicional, entre outros, enfraquece-se o seu caráter de direito penitenciário, fortalecendo-se, em substituição, a sua vocação para tornar-se um Direito da Execução Penal.⁵ (NUCCI, 2016, p. 568)

A autonomia da execução penal pode ser considerada consequência lógica da própria jurisdicionalização operada pela Lei 7.210/1984. Dessa forma, a doutrina passou a entender que o Direito Penal em sentido amplo, se apoiaria em três pilares: o Direito Penal Material, Direito Processual Penal e o Direito de Execução da Pena.

Todavia, embora tenha havido o reconhecimento expresso da autonomia científica da execução penal pelo legislador, na doutrina, há quem discorde, não reconhecendo a existência de um verdadeiro processo executivo. Segundo esse posicionamento, a execução penal não constituiria uma nova relação jurídica processual, sendo, na verdade, um prolongamento da relação processual instaurada pelo processo de conhecimento, ou seja, a última fase do processo penal.

⁴ BRASIL. **Exposição de Motivos Nº 213, de 9 de maio de 1983**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. Publicado originariamente no Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - Suplemento B de 01/07/1983. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: jun. 2018

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 568

Porém, fico com o que ensina Sérgio Marcos de Moraes Pitombo⁶ (1987, p. 259-260), segundo o qual a execução representaria outro processo autônomo, não consistindo em fase derradeira do processo de conhecimento e aborda que “é bom recordar de que o processo penal de conhecimento volta-se para o passado, que tende a reconstruir. O processo penal de execução mira o futuro e visa prevenir infrações penais, de modo prevalente, sem esquecer o castigo medido”

Apesar de autônomo, o Direito de Execução Penal se relaciona diretamente com o direito constitucional, este que dispõe sobre garantias individuais e define limites à pretensão punitiva, com o direito penal, que estabelece diversos institutos relacionados à execução da pena, e com o direito processual penal, tendo em vista que cuida do processo executório e de onde provém a necessidade de observar os princípios constitucionais explícitos do processo penal.

1.2.2 Antecedentes históricos da execução penal no Brasil

A primeira tentativa de consolidação das normas relativas à execução penal no Brasil foi o projeto de Código Penitenciário da República, de 1933, que, porém, foi abandonado por discrepar do Código Penal promulgado em 1940.

Em 1957, sobreveio a aprovação da Lei 3.274, estabelecendo normas gerais de regime penitenciário, que, entretanto, mostrou-se ineficaz por não contemplar sanções para o descumprimento das regras estabelecidas. Ainda no ano de 1957, foi confeccionado anteprojeto de Código Penitenciário, que não teve prosseguimento.

Em 1963, Roberto Lyra chegou a redigir um anteprojeto de Código de Execuções Penais, paralisado tempos depois diante da eclosão do movimento de 1964. Benjamim Moraes Filho, em 1970, elaborou novo anteprojeto de Código de Execuções Penais, igualmente sem sequência.

⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Execução penal**. RT, vol. 623, São Paulo: RT, 1987. p. 259-260

No ano de 1981, uma comissão de juristas instituída pelo Ministro da Justiça apresentou o anteprojeto da Lei de Execução Penal. Esse anteprojeto foi analisado por uma comissão revisora, que em 1982 apresentou suas conclusões ao Ministro da Justiça. Em 1983, por meio da Mensagem 242, a Presidência da República encaminhou o projeto ao Congresso Nacional, dele resultando a Lei 7.210, promulgada em 11/07/1984 e publicada no dia 13 do mesmo mês e ano.

1.3 Da necessidade de obediência à CRFB/88 e da permanência de direitos

De acordo com o exposto no art. 5º, XLIX, da Constituição, e pelo art. 38 do Código Penal, o sentenciado deve conservar todos os direitos não afetados pela sentença condenatória. Isso quer dizer que, ressalvadas as restrições provenientes da própria sentença penal e os efeitos previstos da condenação dispostos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, o condenado mantém assegurado e protegido todos os direitos que antes do trânsito em julgado da decisão lhe assistiam.

Em se tratando de pena privativa de liberdade, restringir-se-á somente o seu direito de ir e vir, e os direitos a ele conexos, sem interferência nos demais direitos individuais, tais como o patrimônio, a honra, a integridade física, a imagem, a liberdade de crença e culto, entre outros.

Caso a pena seja de restrição de direitos, é possível limitar o direito relativo à liberdade plena de ir, vir e ficar, como ocorre no caso da prestação de serviços à comunidade ou de limitação de final de semana; como, também, pode-se atingir o patrimônio, ocorre com a prestação pecuniária e com a perda de bens e valores.

Quando se trata de pena de multa, atinge-se, obviamente, o patrimônio do condenado, mas não interfere em nada sua liberdade ou outro direito fundamental. Nesse contexto, Heleno Fragoso ensina que é preciso ultrapassar o entendimento desumano, que tem estado mais ou menos implícito no sistema, de que a perda da liberdade para o preso acarreta necessariamente a supressão de seus direitos fundamentais.⁷ (FRAGOSO, 1980, p. 31)

⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos dos presos**. Forense, 1980, p. 31.

1.3.1 Princípios constitucionais explícitos do processo penal

1.3.1.1 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é assegurado a todo ser humano, apenas pelo fato de sua existência, ou seja, tão-somente ter vida o Humano é dotado de direitos que devem ser preservados, a dignidade constitui um valor universal, sem observar as diferenças físicas, psicológicas, intelectuais e até mesmo as condutas de cada um, sendo estas, erradas ou certas.

A dignidade constitui um valor universal, está acima de qualquer diversidade sócio cultural, não importando as diferenças físicas, psicológicas, intelectuais ou mesmo econômicas para que um indivíduo seja detentor de igual dignidade. E o respeito à dignidade constitui um princípio fundamental.

É na própria Constituição que o processo penal vai alcançar seu alicerce, uma vez que nela estão legitimados os princípios do regime adotado por toda a nação, podendo-se dizer que o sistema brasileiro revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoa humana. No que tange à descrição dos delitos e à aplicação das penas, busca-se resguardar a integridade do indivíduo como pessoa, no entanto, é no processo que essa preocupação se revela mais abrangente visto que no processo penal o que se julga não é somente um fato delituoso, mas também uma pessoa.

Considerando essa ideia, o que se tem hoje em dia é o oposto, o Direito Penal e o Processo Penal tem funcionado como mecanismos de coisificação do homem, negando a condição de ser humano ao acusado e tratando-o como verdadeiro objeto do processo.

No processo penal brasileiro, onde vigora o superado dogma da busca da verdade real, de origem totalitária, a pessoa humana é transformada em um verdadeiro objeto do processo, com prisões preventivas que visam muito mais uma antecipação de pena do que a segurança do Juízo, sob as estritas condições do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A dignidade da pessoa humana, valor básico embasador de todos os outros direitos humanos, vem sendo incessantemente violada em prol de uma tão sonhada segurança e da pela busca verdade real na esfera do processo penal. Dentro dessa linha de raciocínio, imprescindível se faz reconhecer que os direitos existenciais componentes da dignidade humana, pertencem aos indivíduos na mesma proporção. Assim sendo, não há que se falar em mais ou menos dignidade, ou seja, um homem não perde a sua dignidade, por pior que seja a sua conduta.

1.3.1.2 Devido processo legal

Consoante o disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Lei Maior, este princípio consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens sem a garantia de um processo desenvolvido de acordo com o estabelecido em lei, sendo o elemento que garante a efetiva e regular aplicação do direito.

Nesse sentido, Rui Portanova aponta que atualmente o objetivo do princípio é maior do que apenas garantir um processo ordenado, vejamos:

adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.⁸ (PORTANOVA, 1999, p. 145)

O princípio do *due process of law* configura uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, devendo ser analisado em duas perspectivas. A primeira, processual, assegurando a tutela de bens jurídicos por meio do devido procedimento (*procedural due process*), e, quanto à segunda perspectiva, material, demonstra, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process of law*).

Gustavo Henrique Badaró⁹, em acertada síntese, afirma:

⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios no processo civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 145

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 42

em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process* ou um processo *équo* [...]. (BADARÓ, 2012, p. 42)

Dessa forma, o referido princípio diz respeito diretamente com a razoabilidade e enquadramento das leis nas preceituações constitucionais, a aplicação destas normas jurídicas através de instrumento hábil à sua interpretação e realização e, por fim, a paridade de forças entre os sujeitos processuais, visando a igualdade substancial. Trata-se do ápice dos princípios, tendo em vista que toda acusação de conduta criminosa será vinculada a um procedimento legal, resguardado por equilíbrio e imparcialidade, devendo ser instrumento de garantia contra arbitrariedades e excessos por parte do Estado, pautando nos valores definidos pela Carta Magna, garantindo assim limites a atuação do Estado no exercício de seu *jus puniendi*.

1.3.1.3 Juiz natural

Conforme o exposto no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, o princípio do Juiz natural estabelece que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, fato este que representa a garantia de um órgão julgador técnico e isento, com competência estabelecida na própria CF/88 e nas leis de organização judiciária de cada Estado.

Temos, portanto, o juiz natural como aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantidas que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade. Por outro lado, sob o viés negativo, há vedação à criação de tribunais de exceção conforme o disposto no artigo 5º, inciso XXXVII, CF/88. Por conseguinte, depreende-se, quanto ao último, que resta vedado a criação casuística e exclusiva de tribunais *ex post factum*, para apreciar determinado caso.

Nelson Nery Junior aponta os aspectos desse princípio ao dizer que “1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a

juízo (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial.” (NERY JÚNIOR, 2002, p. 28)¹⁰

Da mesma forma, é o entendimento de Freddie Didier Júnior que assevera que “Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juízo competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz.” (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 92)¹¹

Todas as garantias do juiz natural visam a proteção da ordem democrática. Ao vedar os tribunais de exceção, verifica-se que o órgão judiciário responsável pelo julgamento deve preexistir aos fatos, o que impede a arbitrariedade do Estado. O juiz competente é a autoridade definida pela Constituição Federal ou pela lei que tem a atribuição de processar e julgar determinada causa. A imparcialidade significa que o julgador é equidistante das partes, o que é necessário a um julgamento justo e demonstra a igualdade entre os litigantes da relação processual.

Carlos Alberto Alvaro Oliveira¹² dispõe:

A garantia do juiz natural, por sua vez, compõe também importante faceta do formalismo processual, por igualmente circunscrever o exercício arbitrário do poder impedindo a alteração da competência do órgão judicial ou a criação de tribunal especial, após a existência do fato gerador do processo, para colocar em risco os direitos e garantias da parte, tanto no plano processual quanto material. Daí a necessidade de tal matéria ser regulada por um direito processual rigoroso, aplicado de maneira formal, sugere a que desde muito se mostra sensível o ordenamento jurídico brasileiro, erigindo o princípio à condição de garantia constitucional.

1.3.1.4 Contraditório e ampla defesa

Pode-se dizer que tais princípios têm seus conceitos intimamente atrelados com o princípio do devido processo legal, vinculando-se, inteiramente, à ideia de um processo justo e garantista.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 28

¹¹ DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 11 ed. Salvador: JusPODVIM, 2009, p. 92

¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 105

O contraditório relaciona-se intimamente com o direito de defesa. Na verdade, o contraditório é a expressão máxima da relação construída a partir de uma imputação penal. Somente é possível o exercício do direito de defesa no processo penal se oportunizado for, na relação processual, o trânsito dialético. E, vale dizer, esse trânsito dialético no processo penal nada mais é do que, propriamente, o exercício do contraditório.

O contraditório compreende a bilateralidade do processo. Especificamente, no âmbito do processo penal, tem o acusado o direito de obter informações a respeito do objeto do processo a que integra e influir no convencimento do magistrado, mediante manifestação nos autos.

Vicente Greco Filho aponta que “ter conhecimento claro da imputação; poder apresentar alegações contra a acusação; poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; ter defesa técnica por advogado; e poder recorrer da decisão desfavorável” são meios inerentes a ampla defesa.¹³ (GRECO FILHO, 1989, p.110, 126 e 129.)

A ampla defesa gera diversos direitos ao réu, como o caso de ajuizamento de revisão criminal e a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado nomeado pelo réu, fazendo com que ele eleja outro ou nomeie um dativo. Enquanto o contraditório protege que toda alegação fática ou apresentação de prova feita por uma das partes no processo, pode o adversário se manifestar, dando um perfeito equilíbrio entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.

Os dois princípios correm lado a lado de encontro à verdade, tanto é que na própria lei, apenas se permite o seguimento da ação, se após citado, o acusado não comparecer e não constituir patrono nos autos.

1.3.1.5 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência encontra-se disciplinado no rol de direitos e garantias do cidadão do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e este, assegura que o

¹³ Greco Filho, **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo. Saraiva, 1989, p. 110, 126 e 129.

estado de só pode ser afastado com decreto condenatório proferido por autoridade competente em decisão irrecorrível ou transitada em julgado.

É um princípio fundamental de civilidade¹⁴ (GOLDSCHMIDT, 1935, p.8), fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvidas o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Segundo Rubens Casara e Antônio Melchior, a concretização do princípio se dá em três dimensões diversas:

- a) a dimensão do tratamento ao indiciado ou réu (regra de tratamento), segundo a qual todos os acusados devem ser tratados como inocentes até que advenha uma **condenação resultante de uma sentença penal irrecorrível**;
- b) a dimensão probatória (regra de juízo). Enuncia uma regra probatória que se exprime através da máxima do *in dubio pro reo*. Cabendo “*o ônus de provar o fato delituoso (típico, ilícito e culpável) é uma consequência natural do dever legal de propor a ação penal*”;
- c) a dimensão de garantia (regra de Estado) – esta regra impõe ao Estado que todo investigado ou réu seja tratado dignamente, compatível com seu estado de inocente.¹⁵ (CASARA e MELCHIOR, 2013.)

Atualmente, de forma externa ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização do réu, de tal maneira, pode-se dizer que tal princípio deve ser utilizado como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

1.3.1.6 Motivação das decisões judiciais

Trata-se de um pressuposto de validade do processo, estando previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosch, 1935, p. 8

¹⁵ CASARA, Rubens R. R. e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, online.

nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹⁶

Conforme o princípio, o fundamento das decisões ou motivação judicial tem como premissa ou mesmo natureza o pressuposto de validade do processo, revestindo-se de nulidade absoluta as decisões sem fundamentação.

Nesse sentido, entendem Ada Pelegrinni Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Filho entendem que na hipótese haveria a própria inexistência do ato processual ou seria ele absolutamente nulo, por se tratar de atipicidade constitucional. Neste caso, não há espaço para atos irregulares ou nulidade relativa, sendo a sanção para o ato praticado em desconformidade com o texto constitucional a nulidade absoluta pela não observância do preceito.¹⁷ (2004, p. 29)

1.3.2 A assistência ao preso

Constata-se entre as finalidades da pena e da medida de segurança, a necessidade de reabilitação do indivíduo condenado, de forma a buscar sua ressocialização e reinserção dentro da sociedade, visando a retomada de um convívio de forma harmoniosa, minimizando-se o risco de reincidência na prática delituosa

Do exposto, faz-se crucial por parte do Estado a adoção de medidas assistenciais ao preso e ao internado, a fim de orientá-los no retorno a sociedade, como disposto no artigo 10 da Lei 7.210/84, que indica a responsabilidade estatal no dever de assistência, visando a prevenção do crime e orientação no retorno à convivência em sociedade.

Vale ressaltar que o Estado também tem o dever de prestar assistência ao egresso, sendo essa de suma importância, ao passo que o distanciamento provocado pelo tempo de segregação e as dificuldades encontradas no seu retorno ao convívio em sociedade podem atraí-lo ao mundo do crime novamente. Diante disso, deve-se continuar o processo de reajustamento social nos

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 29.

momentos que seguirem a sua liberação, visando fortalecer os laços de apoio para que sua reinserção social ocorra mesmo diante do natural preconceito da comunidade.

1.3.3 Formas de assistência

Temos nos artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal¹⁸, as finalidades da assistência e as espécies de assistência que terão direito o preso, o internado e o egresso, *in virbis*:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa” (BRASIL, 1984)

1.3.3.1 Assistência material

A assistência material consiste em fornecer de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, de forma que se obedçam as regras mínimas previstas em mandamentos internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente os que decorrem das Regras Mínimas da ONU, de 1955, que abordam sobre a alimentação em horas determinadas; devendo ser de boa qualidade; bem preparada e servida; cujo valor nutritivo seja suficiente para a manutenção da saúde do condenado e que todo preso deverá ter a possibilidade de dispor de água potável quando dela necessitar.

Quanto ao vestuário, as referidas regras internacionais dispõem que, caso o preso não possa usar sua própria vestimenta, deverá receber as apropriadas ao clima e em quantidade suficiente para manter-se em boa saúde.

¹⁸ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, jul 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm

No que se refere à higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento, destaca-se a obrigação de que o condenado deverá ser alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo requisitos básicos da unidade celular a salubridade do ambiente e área mínima de seis metros quadrados.

Considerando a impossibilidade de acesso dos presos e internados a objetos de consumo ou de uso pessoal, estabelece o mesmo art. 13 da LEP que em cada estabelecimento deverá existir um local destinado à venda de materiais não fornecidos pela administração penitenciária, condicionando-se, naturalmente, a que se trate de objetos permitidos

Infelizmente, o que temos no Brasil é o alojamento coletivo, com cenas superlotadas, péssimas condições higiênicas e em ambientes nem um pouco condizentes com o determinado nas normas internacionais.

1.3.3.2 Assistência à saúde

A assistência à saúde está prevista no art. 14 da LEP e visa prevenir e remediar os problemas de saúde que possam acometer o condenado. O ambiente prisional é, por natureza, dotado de um maior risco para o surgimento de determinadas doenças.

Tal assistência garante ao preso o tratamento odontológico, médico e ambulatorial bem como, o recebimento de medicação necessária. Ressalte-se, que o art. 41, VII, da LEP estipula que é direito do preso a assistência à saúde e que o art. 43, VII, estipula ser direito do preso contratar médico de confiança pessoal a fim de orientar e acompanhar o tratamento recebido por ocasião do cumprimento de medida de segurança.

Evidentemente, se dentro do estabelecimento penitenciário não houver instalações adequadas para o tratamento médico, ambulatorial e hospitalar ao preso, deve este ser feito em outro lugar, bastando que o diretor do estabelecimento ou o juiz da execução penal assim autorize (art. 14, § 2º, da LEP). Essa solução, na prática, torna-se cotidiana, já que muitos estabelecimentos penais não dispõem de equipamentos e de pessoal adequados para os atendimentos médico, odontológico e farmacêutico.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de concessão de prisão domiciliar para o condenado em regime aberto, nas hipóteses expressamente previstas, entre as quais a de estar acometido com doença grave.

A jurisprudência confere esse direito aos condenados no regime semiaberto e fechado quando as condições de saúde estiverem graves e a unidade prisional não puder custodiar o preso, garanti-lhe um tratamento digno.

Outro ponto a ser destacado é o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal em autorizar a concessão de prisão domiciliar ao preso que cumpre pena no regime semiaberto quando não houver estabelecimento prisional adequado para aquele regime, que seriam a colônia agrícola ou industrial.

Esse entendimento está expresso no verbete da Súmula Vinculante nº 56 do STF, que dispõe o seguinte:

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.¹⁹

1.3.3.3 Assistência jurídica

A assistência jurídica está disposta nos arts. 15 e 16 da Lei de Execução Penal e decorre do princípio da jurisdicionalidade dos atos referentes ao processo de execução penal.

Este princípio faz com que se assegurem aos presos e internados sem recursos financeiros para constituir advogado as garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, imparcialidade do juiz, devido processo legal, direito à produção de provas no curso do procedimento, direito de petição e autodefesa.

¹⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>

Quando a LEP dispôs sobre assistência jurídica objetivou ampliar o campo assistencial ao condenado, pois que, assistência jurídica importa em educação em direitos e assistência judiciária.

Atualmente, por força do disposto da Lei Complementar Federal nº 80/1994, a assistência jurídica nas unidades prisionais é efetivada pela Defensoria Pública que atua de forma direta ou suplementar, fiscalizando os direitos dos presos e prestando os necessários esclarecimentos, de forma integral e gratuita, devendo-se fazer presente dentro e fora dos estabelecimentos penais, tendo inclusive um local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

1.3.3.4 Assistência educacional

A assistência educacional está prevista nos arts. 17 a 21 da LEP e versa sobre o acesso do preso à instrução escolar e formação profissional, coadunando-se com o disposto do art. 205 da CRFB/1988 que reza que

a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” como também preconizado pelo art. 208, §1º da Carta Magna ao dispor que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”²⁰

Quanto aos desdobramentos do acesso ao ensino, a Lei Federal nº 12.433/2011²¹ assegurou ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto a possibilidade de remir, pelo estudo, parte do tempo de pena, à proporção de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias.

A lei foi ao encontro do disposto da Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça²² que enfatiza que:

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112433.htm

²² Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf

“a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob o regime fechado ou semiaberto”.

O art. 18 da LEP estabelece a obrigatoriedade do ensino fundamental a todos os presos. Portanto, os segregados sem instrução fundamental possuem, assim como qualquer pessoa, o direito de recebê-la do Estado. Para que se concretize esse escopo da lei, é necessário que haja, nos estabelecimentos penais, escola ou cursos e atividades que a substituam.

Considerando que a capacitação profissional, além da inegável influência positiva na manutenção da disciplina prisional, é fator que facilita a reinserção do indivíduo na sociedade, contribuindo para que não retorne à vida criminosa, refere o art. 19 da LEP que esse ensino pode se dar em iniciação, para aqueles que ainda não possuem habilitação profissional na respectiva área, ou em aperfeiçoamento técnico, para os que já desempenhavam a profissão antes da segregação.

Ciente da realidade brasileira e das dificuldades que se apresentam ao Poder Público no sentido de instalar, por sua própria conta, escolas ou cursos especializados nos estabelecimentos penais, previu o legislador, no art. 20, a possibilidade de convênio do Estado com instituições de ensino públicas ou particulares, a fim de tornar efetiva a assistência educacional, principalmente no que concerne ao ensino fundamental, que é obrigatório.

Determinou a lei, por fim, que cada estabelecimento prisional seja dotado de biblioteca, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos (art. 21 da LEP). Essa preocupação decorre da constatação de que a atividade de leitura, além de ser instrumento de enriquecimento cultural e fonte de estudo, é fator relevante para a recreação do preso ou internado, auxiliando, via de consequência, na manutenção da disciplina prisional.

1.3.3.5 Assistência social

A assistência social está prevista nos arts. 22 e 23 da LEP e tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepara-los para o retorno à liberdade no seio comunitário. Nesse viés, surge a atuação do serviço social, no intuito de identificar em relação a cada segregado os entraves existentes ao processo de ressocialização, apresentando as medidas necessárias para

sanar tais dificuldades e acompanhando o preso e o internado durante a execução da pena na superação desses obstáculos.

Essa assistência deve consistir no elo entre o ambiente carcerário e a comunidade, visando fornecer meios ao reeducando para se ajustar à realidade que o espera.

1.3.3.6 Assistência religiosa

A assistência religiosa está disposta no art. 24 da LEP e assegura ao preso a liberdade da profissão de fé, permitindo a participação em cultos e a posse de livros de instrução religiosa.

Cabe ao Estado estimular o segregado à prática da religião, tendo em vista seu conteúdo pedagógico e positivamente influente para frear impulsos ou tendências criminais, animando-o, no futuro, a conduzir-se de acordo com a lei. Com propriedade, refere Júlio Fabbrini Mirabete que:

na atualidade, a assistência religiosa no mundo prisional não ocupa lugar preferencial nem é o ponto central dos sistemas penitenciários, tendo-se adaptado às circunstâncias de nossos tempos. Não se pode desconhecer, entretanto, a importância da religião como um dos fatores da educação integral das pessoas que se encontram internadas em um estabelecimento penitenciário, razão pela qual a assistência religiosa é prevista nas legislações mais modernas²³ (MIRABETE, 2004, p. 76)

Ressalte-se que nenhum preso pode ser obrigado a professar qualquer fé, pois que, o Brasil é um país leigo, laico ou não confessional e a liberdade do exercício de qualquer fé está estabelecida como direito fundamental no art. 5º, VI, da CRFB/1988.

1.4 Conceito de pena e Princípios regentes da sua aplicação

Segundo Guilherme Nucci²⁴, o conceito de pena:

É a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes. O caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que se

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 76.

²⁴ Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-pena>

subdividem (positivo e negativo): a) *geral negativo*: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) *especial negativo*: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) *especial positivo*: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a *reprovação* e *prevenção* do crime. (2018, online)

Já os princípios são os que regem todas as fases de aplicação e de execução das sanções penais. Consistem nos seguintes: princípio da intranscendência da pena; princípio da legalidade; princípio da inderrogabilidade; princípio da proporcionalidade; princípio da individualização da pena e princípio da humanidade.

1.4.1 Princípio da intranscendência da pena

Este princípio tem previsão expressa na nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLV, e nos diz que nenhuma pena deve passar da pessoa do condenado, podendo a obrigação do dano e a decretação de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Isto é, segundo o princípio que também conhecido como da pessoalidade ou da responsabilidade pessoal, a pena deve ser imposta ao condenado, e não pode passar da pessoa dele, ou seja, não pode transcender.

Dessa forma, não importa a natureza da pena aplicada. Sendo ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, somente o condenado é quem deverá responder pela mesma. Ressalta-se que, em caso de falecimento, mesmo a pena aplicada sendo de natureza pecuniária, esta não poderá ser estendida à terceiros, se tratando de um caráter personalíssimo.

1.4.2 Princípio da legalidade

Partindo da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, este princípio tem disposição no artigo 1º do Código Penal e é consagrado no art. 5º, inciso XXXIX da

Constituição da República, aduzindo que não haverá crime sem que exista lei anterior o definindo, nem pena sem prévia cominação legal, de forma a limitar a interferência do poder estatal na esfera das liberdades individuais.

A doutrina clássica costuma desdobrar o princípio da legalidade em duas outras regras: o princípio da reserva legal, segundo o qual não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, considerando-se lei, neste caso, aquela elaborada segundo os trâmites previstos na Constituição Federal; e o princípio da anterioridade, certificando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, de onde se infere que o enquadramento da conduta como crime e a previsão de pena deverão ser anteriores ao fato delituoso.

Além disso, de acordo com a doutrina de Luiz Régis Prado²⁵, o princípio da legalidade também rege a medida de segurança, sob pena de comprometer, seriamente, direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados.

1.4.3 Princípio da inderrogabilidade

Segundo este princípio, uma vez constatada a prática do crime, a pena não pode deixar de ser aplicada por liberalidade do juiz ou de qualquer outra autoridade. A pena deve atingir sua eficácia, e para isso é necessária a responsabilização do agente pelo crime cometido. O Estado-juiz não pode deixar de aplicar e executar a pena ao culpado pela infração penal, com apenas uma exceção: o perdão judicial, previsto no art. 121, parágrafo 5º do Código Penal Brasileiro.

Tem suscitado controvérsias na doutrina a questão relativa ao princípio da insignificância em crimes contra o patrimônio, pois nesses casos a conduta possui tipicidade material e, não obstante, não é aplicada a pena. Para alguns, tal reconhecimento importa em ofensa ao princípio da inderrogabilidade da pena.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume1 – parte geral: arts. 1º a 120. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 62

Contornando essa ordem de argumentação, a jurisprudência tem estabelecido que a tese apenas pode ser aplicada nas hipóteses em que o valor da res furtiva é desprezível, pois entendimento demasiadamente extensivo acerca da insignificância afronta, efetivamente, o princípio da inderrogabilidade da pena, gerando impunidade e insegurança jurídica, o que é inconcebível no Estado Democrático de Direito.

1.4.4 Princípio da proporcionalidade

A exigência de proporcionalidade deve ser determinada no equilíbrio que deve existir na relação entre crime e pena, ou seja, entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. A proporcionalidade deve estar presente tanto no plano abstrato, legislador que comina as penas, quanto no plano concreto, magistrado que aplica as penas.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade funciona como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que possibilita o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em material penal.

Para Ferrajoli²⁶, o princípio da proporcionalidade emana dos princípios de legalidade e de retributividade. Sustenta que numa concepção garantista, a pena de prisão perpétua e as penas pecuniárias, pelas suas naturezas, são contrárias ao princípio da proporcionalidade e da igualdade das penas. A primeira, porque é desumana e não graduável equitativamente pelo juiz. A segunda revela-se desproporcional por inexistir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade.

Cesare Beccaria²⁷, no século XVIII, já se referia a limitação do poder punitivo do Estado e a necessidade de humanizar as penas, sustentando uma necessidade de se haver uma proporção entre os delitos e as penas, de modo que o castigo (a pena) deveria, sempre, guardar uma proporcionalidade com o mal (dano) causado pelo delito.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 320

²⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 138/139

1.4.5 Princípio da individualização da pena

Conforme previsão no art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/1988, desenvolve-se a individualização da pena em três fases: primeira, no âmbito legislativo (individualização legislativa ou formal), que ocorre no momento da criação do tipo penal incriminador, quando o legislador estabelece abstratamente o mínimo e o máximo da pena cominada; segunda, no âmbito judicial (individualização judicial), quando, diante do caso concreto, o juiz do processo de conhecimento, a partir dos critérios estabelecidos na legislação, fixa a pena cabível ao agente; e, terceiro, no âmbito executório (individualização executória), quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado ou internado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição, entre outros.

Pautando-se sobre o âmbito executório, tal princípio impõe que cabe ao juiz o estabelecimento da pena exata e merecida para cada autor de crime, ou seja, a pena deve ser imposta e executada em relação ao condenado de acordo com o grau de sua culpabilidade e em obediência aos critérios legais.

1.4.6 Princípio da humanidade

Pode-se dizer que o princípio da humanidade é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição. Desta forma, a preocupação do ordenamento pátrio é de prever penas que não violem esse fundamento, ao passo que veda integralmente penas cruéis, de caráter perpétuo, de banimento e de trabalhos forçados, só admitindo a pena de morte nos casos previstos em lei e em situação de guerra declarada.

O princípio está previsto no art. 5º, inciso XLVII e XLIX da Constituição de 88, estabelecendo ainda a obrigatoriedade de respeito à integridade física e moral do condenado, além de determinar a prevalência dos direitos humanos, razão pela qual se proíbem penas insensíveis e dolorosas

Do exposto, corrobora o entendimento de Guilherme de Souza Nucci²⁸, onde temos que o princípio da humanidade significa:

[...] o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: 1) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão do Código Penal Militar); 2) de caráter perpétuo; 3) de trabalhos forçados; 4) de banimento; 5) cruéis (art. 5.º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX) (NUCCI, 2011, p. 85)

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 7. Ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85

CAPÍTULO 2 – DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS

2.1 Considerações Gerais

O artigo 82 da Lei de Execução Penal prevê que os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. Nesse sentido, aparenta certa contradição ao considerar essa destinação ao egresso, entretanto, o que busca o legislador nessa hipótese é assegurar o cumprimento da regra prevista no art. 25 da LEP, onde está disposto que os egressos possuem direito a assistência do Poder Público, *in verbis*:

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.²⁹ (BRASIL, 1984)

São os seguintes os estabelecimentos penais previstos na Lei de Execução Penal: 1) Penitenciária, para os condenados à pena de reclusão, quando cumprida em regime fechado; 2) Colônia Agrícola, Industrial ou similar, para os condenados à pena de reclusão ou detenção, em regime semiaberto; 3) Casa do Albergado, para os condenados que cumprem pena de prisão em regime aberto e para os condenados à pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana; 4) Centro de observação, destinado à realização de exames gerais e criminológicos; 5) Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, para os indivíduos acometidos de perturbação da saúde mental; e 6) Cadeia pública, reservada aos presos provisórios (prisão preventiva e prisão temporária).

O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Deve ter instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante e instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

²⁹ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, jul 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm

Mas na prática, a realidade é outra, pois de acordo com relatório divulgado pelo INFOPEN³⁰, com dados de junho de 2016, apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares.

A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, devem ser recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. No caso de penitenciárias femininas, os agentes do sexo feminino farão a segurança de suas dependências internas e serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

2.1.1 Origens e evoluções das prisões

Inicialmente, as penas possuíam um viés doloroso, ao passo que o acusado pagava com seu corpo pelo mal que havia cometido, sendo torturado, crucificado, esquartejado. Com o tempo, observou-se que os rituais punitivos se igualavam aos crimes praticados, e por vezes se excediam em brutalidade, e então a punição foi deixada de ser espetáculo, pois incentivava a violência.

A pena de prisão teve o surgimento na Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem ao silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus.

Essa ideia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a House of Correction, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no século XVIII, devido a dois importantes fatores que influenciaram o surgimento das prisões: as dificuldades econômicas de um período na Europa, onde aumentou-se o número de delitos e conseqüentemente o número de condenações; e a questão do iluminismo, sob um discurso caracterizado pelo uso da razão, com surgimento de movimentos condenando as velhas formas de punir que eram focalizadas nas práticas que visavam os corpos dos condenados, propondo que não houvesse mais condenações com penas desumanas, e sim

³⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>. Acesso em mai 2018.

a privação de liberdade, à época o bem mais valioso, seria uma forma justa e humana de se pagar por um crime.

As penas então já não se chegavam perto do corpo, ou seja, a finalidade de pena não era assimilada com sofrimento corporal, alguns casos se tocavam o mínimo possível, e se fossem tocados não tinha a finalidade de agredir o corpo. As penas físicas que reportavam o corpo eram as de prisões, trabalho forçado, com o corpo assumindo um papel de instrumento, com a finalidade de trancafiar o apenado, impedindo o seu direito de ir e vir, retirando sua liberdade de locomoção.

2.2 A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro

O ponto fundamental desse tema é saber que toda a teoria prevista na Lei de Execução Penal não condiz com a realidade do nosso sistema penitenciário, pois a situação na prática é bastante crítica, começando pelo acúmulo de presos em um só estabelecimento, quando deveriam estar previamente em outro diferente, conforme a situação processual de cada um, sendo este um dos grandes fatores que retardam a questão da ressocialização.

Segundo o autor Augusto Thompson³¹ (2002, p. 100), há os estabelecimentos de entrada, destinadas a receberem os indiciados presos preventivamente, até serem condenados e serem encaminhados para os estabelecimentos de saída, no qual devem ficar os acusados já condenados. No entanto, o que ocorre é que muitos dos presos que deveriam estar nos estabelecimentos de saída já cumprindo sua pena imposta, estão nos estabelecimentos de entrada, obstruindo a inserção de novos detentos e, gerando a sobrecarga da prisão de entrada, lotação absurda.

Dessa forma, o circuito fica estrangulado, pois os estabelecimentos de saída carecem de capacidade para permitir o a continuidade do fluxo, não sendo possível lançar para fora do sistema o excesso, enquanto os estabelecimentos de entrada se veem obrigados a reter a carga de presos recebidas por mais tempo do que o previsto, gerando uma enorme desproporção entre o quantitativo de entrada e saída.

³¹ THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 100

Portanto, a estada do cliente, na prisão de entrada, estende-se por alguns e muitos anos, por muitas das vezes, deixando de ser uma estada transitória para transformar-se em definitiva, obrigando o condenado a cumprir toda sua pene em estabelecimentos de entrada, como cadeiras públicas. Sendo assim, para grande maioria dos apenados, o sistema prisional brasileiro resume-se aos estabelecimentos de entrada, que chegam a ter a função de saída também, levando a crer que as penitenciárias do sistema sejam como uma exceção.

Além disso, o fato de indivíduos que cometeram crimes mais graves e menos graves ficarem no mesmo local, ignorando a questão da hierarquia de crimes, por vezes gera uma experiência enquanto preso de menor potencial ofensivo que não é nem um pouco aproveitável, do contrário, indestrutível e corrompível, fato que demonstra que a finalidade básica de ressocialização do indivíduo é falha e tem efeito contrário e irreversível.

2.2.1 Penitenciárias

Segundo prevê o art. 87, *caput*, da LEP, a penitenciária é o destino do condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Trata-se de estabelecimento que deve contar com o máximo de segurança, muros e grades, bem como a vigilância ostensiva exercida por meio de policiais ou agentes penitenciários.

Buscando assegurar os direitos e garantias fundamentais do preso, estabelece a Lei 7.210/84, que o condenado deve ser alojado em cela individual, contendo dormitório, sanitário e lavabo, sendo ainda requisitos básicos a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, bem como área mínima de seis metros quadrados (art. 88 da LEP).

Porém, na prática, tudo é bem distante do que é descrito na legislação, sendo a realidade carcerária no Brasil, infelizmente, totalmente revel a essa normatização.

A superlotação das Penitenciárias faz com que seja praticamente impossível haver uma cela para cada indivíduo que está em regime fechado, muito menos um dormitório com vaso sanitário e lavabo, tratando-se de ambientes absolutamente insalubres. Na maioria das Penitenciárias no Brasil, as celas são cubículos sem nenhum espaço separado para os presos

fazerem suas necessidades fisiológicas e de higiene pessoal. Geralmente o que deveria ser um vaso sanitário, é apenas um buraco no chão onde os detentos fazem as necessidades, sendo tal buraco tampado durante a noite para evitar a infestação por ratos e o mau cheiro.

Dependendo da Penitenciária, as celas acumulam um número tão excessivo de presos, que em alguns casos, faz-se necessário o revezamento entre ficar em pé e sentado, ou de dormirem dois indivíduos no mesmo colchão, se houver, tendo ainda os que dormem no chão, inclusive no lugar onde fica o lavatório.

Augusto Thompson³² descreve essa questão:

Assim, em um alojamento onde caberiam cinco camas, com razoável distância entre elas, de sorte a permitir a colocação de um pequeno armário, podem ser acomodados doze presos, desde que usem beliches e se suprima o móvel; ou vinte e seis, se todo o mobiliário for eliminado e se fizer com que os hóspedes durmam num estrado inteiriço, a cobrir toda a extensão da cela (sistema usado, v. g., no Presídio de Água Santa, no Rio). Ou, se a área pode suportar cinquenta alojamentos, com dez presos em cada um, torna-se viável nela recolher uma população de mil e quinhentas ou duas mil pessoas, se, em vez de dividi-la em compartimentos, a autoridade se limita a cerca-la com arame farpado, deixando que os residentes se amontoem no interior, dormindo no chão puro (como ocorria no antigo Galpão, no Rio - hoje Instituto Presídio Evaristo de Moraes – até 1967) (THOMPSON, 2002, p. 102)

No tocante a assistência à saúde, o relato de Ivan de Carvalho Junqueira³³ demonstra que não há respeito:

E problemas é que não faltam no cárcere, a reproduzir, em verdade, dos mais exacerbados sentimentos de repulsa social. Da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida à rotineira tuberculose, de dentes a ferimentos, incessantes são os sofrimentos, em que tudo parece permitido. (JUNQUEIRA, 2005, p. 92)

Referente à alimentação, Ivan de Carvalho Junqueira³⁴ enfatiza:

Não raro é preciso “recortar” os alimentos, procedimento este consistente na lavagem e, conseguinte, cozimento, pelos próprios internos, da refeição antes de servida, até então, imprópria ao consumo. Como lembra André Du Rap, quando de sua estadia na prisão, “...cada um ia pra um lado, pra arrumar uma cebola, um alho, um óleo pra fazer um recortado – o recorte é a comida. A comida não tinha condições de comer daquele jeito que vinha, que era o picadão. A gente tinha que lavar aquela comida e fazer tudo de novo”. (JUNQUEIRA, 2005, p. 84)

³² THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 102

³³ JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos direitos humanos do preso**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005, p. 92

³⁴ *Ibid.*, p. 84.

A consequência dessa situação desastrosa que atinge o preso, prejudica sensivelmente o processo de readaptação do preso à sociedade e a cria um ambiente totalmente negativo ao reajustamento, facilitando a reincidência criminosa que, não à toa, atinge níveis alarmantes no país.

2.2.2 A população carcerária em números

De acordo com os dados divulgados em dezembro de 2017 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias³⁵, constata-se que em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90.

Segundo o relatório, o Brasil chegou a 726.712 pessoas encarceradas, a 3ª maior população carcerária do mundo, sendo cerca de 40% presos provisórios, ou seja, ainda não possuem condenação judicial.

O número de vagas no sistema prisional brasileiro está praticamente estabilizado nos últimos anos, sendo o total de 368.049 vagas, o que significa que há uma taxa de ocupação nacional de 197,4%, tendo esse déficit de vagas aumentado em mais de 100 mil se comparado com os dados de 2 anos atrás, algo que demonstra a absurda superlotação e falência do sistema atual.

Conforme o relatório, 89% da população prisional estão em unidades superlotadas, sendo 78% dos estabelecimentos penais com mais presos que o número de vagas.

2.2.3 Os conflitos carcerários e direito de resistência

O fenômeno da violência carcerária se caracteriza pelo desrespeito total dos direitos do condenado, tornando esse sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade um dos mais perversos modelos de penalidade já conhecidos na humanidade, além disso, as fugas, rebeliões

³⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>. Acesso em mai 2018

e motins, possibilidades de reação dos apenados contra a brutalidade do sistema, geram sanções que intensificam ainda mais sua permanência no estabelecimento.

Afirma Ferrajoli³⁶ que é justo rebelar-se quando a lei é injusta; mas também é juridicamente legítimo quando os poderes públicos violam os direitos fundamentais e os meios e as garantias legais se revelam ineficazes em sancionar sua invalidade.

Nesse contexto, o direito de resistência é um dos mecanismos jurídicos que servem para tutelar os direitos primários. Sua característica principal é de intervenção subsidiária, ou seja, quando são violados os bens jurídicos fundamentais. Juridicamente, o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo que são normas secundárias aquelas que dispõem a proteção das normas primárias: é um direito secundário que intervém em um segundo momento, quando são aviltados os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança, que são primários. Diferente, também porque o direito de resistência tutela os outros direitos, mas não pode ser por sua vez tutelado, e, portanto, deve ser exercido com risco e perigo próprios.

Nesse sentido, Salo de Carvalho³⁷ aponta que mais que um “direito”, a resistência à opressão é um mecanismo tipicamente garantista, pois sua natureza reflete instrumentalidade à satisfação dos direitos humanos individuais, sociais e/ou transindividuais. É que o sentido do termo “garantias” deve ser empregado para expressar as técnicas previstas, explícita ou implicitamente, que objetivam minimizar o vácuo entre normatividade e efetividade dos direitos.

2.2.4 A administração carcerária e o Poder disciplinar

Consoante previsão dos artigos 47 e 48 da Lei de Execução Penal, ao tratar-se de execução da pena privativa de liberdade, foi estabelecido que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa, neste caso, administração carcerária, conforme disposto no regulamento de cada estabelecimento prisional.

O objetivo do Poder disciplinar na execução da pena privativa de liberdade transcende a necessidade de convivência harmônica entre as pessoas que cumprem pena e as que labutam

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 320

³⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 240

na prisão. Sua principal tarefa consiste em possibilitar a melhor individualização da pena e sobretudo, propiciar alternativas que estimulem as funções éticas e utilitárias da prisão, para a reeducação do preso. Sem a efetivação dos mecanismos da disciplina prisional, torna-se impossível o cumprimento da execução penal.

O sistema disciplinar penitenciário deve estar ancorado numa balança que equilibre o arcabouço de recompensas e sanções disciplinares. A primeira objetiva estimular os presos a terem uma boa conduta disciplinar, sendo que as sanções se destinam para aqueles indivíduos que promovem a desordem, colocando em risco a convivência harmônica na prisão.

As atividades necessárias para a consolidação do processo de reeducação e reinserção social do preso depende de uma boa disciplina prisional. Contudo, manter a disciplina carcerária, tem sido a maior dificuldade dos estabelecimentos penais. Para isso, a administração penitenciária, tem pautado seu poder disciplinar em normas disciplinares estabelecidas pelo diretor do presídio e seus agentes, em virtude do convívio direto com o preso, sendo essa imposição e execução de sanções, uma exceção ao princípio da jurisdicionalidade.

Diante disso, nas hipóteses em que os atos discricionários das autoridades administrativas responsáveis pela direção dos estabelecimentos penais, que de alguma maneira infrinjam as regras estabelecidas pela lei ou pelo regulamento, caracterizam-se como incidente de desvio de execução, contemplado no art. 185 da LEP, o qual pode ser suscitado pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário, pelo próprio sentenciado ou por qualquer dos demais órgãos da execução penal, cabendo então a atuação do juiz de execução.

A verdade é que os métodos disciplinares são ontologicamente inquisitoriais. As decisões disciplinares no interior das instituições são desprovidas de pré-determinações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo, sobretudo, por se tratar de um regime totalitário, onde as ordens não são justificadas nem explicadas. Desta forma, fica claro o porquê da inviabilização de rígido controle da legalidade nos espaços de poder carcerários.

2.2.4.1 O controle do indivíduo e da “massa carcerária”

Muito embora os presos possuam garantias resguardadas constitucionalmente, o contexto estrutural do sistema processual inviabiliza a plenitude dessas garantias, diante de seu aspecto inquisitivo.

Encontram-se pontos do sistema inquisitorial fundamentalmente no processo de submissão do direito processual penal, genealogicamente garantista e acusatório, às regras e aos procedimentos administrativizados, ou seja, na colisão entre os direitos do apenado e os pressupostos de disciplina e segurança que justificam a ação administrativa, é o que nos ensina Salo de Carvalho.³⁸

De fato, a primeira perda de direito do condenado é a de ir e vir, decorrente da clara limitação de liberdade. Diante disso, o legislador preocupou-se em normatizar de forma a suprir necessidades do encarcerado por meio do estatuto social positivo, com regulamentação sobre alimentação, vestuário, higiene e saúde; a atendimento médico, farmacêutico e odontológico; assistência jurídica, instrução escolar e formação profissional; recreação, orientação, segurança e previdência; assistência religiosa, entre outras, buscando reconhecer que apesar do preso ter sua liberdade restringida, esta não perde seus direitos adquiridos como cidadão.

Entretanto, diante do caos vivido no sistema penitenciário, a violação desses direitos fundamentais e garantias é legitimada pelos pressupostos de disciplina e segurança, de tal maneira que a tentativa de manutenção da ordem e disciplina acaba se sobrepondo ao apenado sujeito de direitos, que passa a ser um desprovido de direitos, gerando uma negação de vínculo do preso com a sociedade.

Sob esta ótica que Celso Lafer explica a condição de apátrida, esta que não estaria apenas vinculada à clássica distinção entre nacionais e estrangeiros, mas sim ao fato de provocar em algumas pessoas situação de perda dos elementos mínimos, gerando uma desconexão com a ordem jurídica interna dos Estados, privando-os da legalidade e da jurisdição. Tal condição retiraria o *status* de cidadania do homem, estabelecendo-lhe uma “morte civil”. Declarada

³⁸ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 175

formalmente, isso provoca a perda da condição civil, a desterritorialização e a incapacidade de reivindicação dos direitos, transformando sujeitos em objetos descartáveis.

CAPÍTULO III – DA INEFICÁCIA DO ATUAL MODELO DE EXECUÇÃO PENAL

3.1. Teoria Geral do Garantismo

No modelo atual é flagrante a violação por parte do Estado de sua própria legalidade ordinária e constitucional, como reflexo da produção em massa de leis e da ineficácia da proteção dos direitos individuais por parte do público.

Na base do pensamento de Ferrajoli³⁹, há a identificação de três aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito na atualidade. A primeira crise é a chamada “crise da legalidade”, ou seja, do valor vinculante associado as regras pelos titulares dos poderes públicos, que se expressa pela ausência ou pela ineficácia dos instrumentos de controle. Seu resultado imediato é a ilegalidade do poder. Um reflexo dessa situação pode ser encontrado em vários Estados – europeus ou não – em que há uma espécie de Estado paralelo que funciona baseado na corrupção e se estende por todas as áreas (política, economia, administração pública etc.).

A segunda está ligada à inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas no chamado Welfare State. Se antes a marca fundamental do modelo na sua versão liberal era a de protetor de uma esfera de individualidade, cuja atuação não exigia apenas a imposição de limites e proibições, agora tudo muda. Exige-se do Estado de Direito Social uma atuação positiva, atuante, pró-ativa, de que resulta uma inflação legislativa que é provocada pelos mais diversos setores sociais com leis cada vez mais específicas, parecendo meros atos administrativos.

Há dificuldade para a consolidação de um sistema de garantias tão eficiente como foram aqueles criados para proteger os postulados do liberalismo, situação agravada pela acentuação do caráter incompleto, seletivo e desigual que se manifesta na crise pela qual este modelo de Estado passou no início dos anos setenta. A terceira crise está relacionada ao debilitamento do Estado Nacional e se manifesta no deslocamento dos lugares da soberania, já que as questões relacionadas, por exemplo, às questões militares, de política monetária e políticas sociais

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de IBÁÑES, Andrés Perfecto y GREPPI, Andrea. 2ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2001

escapam de suas fronteiras, passando a depender mais de questões externas do que de questões internas.

Além disso, há um enfraquecimento do constitucionalismo, ante a inexistência de suporte teórico em Direito Internacional que resolva a inserção desses novos espaços decisórios externos no sistema das fontes de Direito. No raciocínio de Ferrajoli, o problema central está em que essas três crises podem colocar em colapso a própria Democracia, já que, por trás de todas elas, está presente uma crise da legalidade, ou seja, do princípio da legalidade na sua versão mais pura e naquilo que tem de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais. Sua ausência gera a ilegalidade do poder e formas neoabsolutistas de exercício do poder público.

Nesse contexto, a teoria geral garantista visando estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal, como bem explica Salo de Carvalho neste trecho:

(1a) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (2a) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (3a) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política). A partir desta trílice (re)avaliação nasce a possibilidade de construção de uma teoria geral do garantismo como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva.⁴⁰ (CARVALHO, 2001, p. 96)

Portanto, temos na construção do modelo garantista, o princípio da legalidade, condicionado à estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico pautado pela Constituição, como ponto de partida.

3.1.2 A proposta garantista de limitação do poder punitivo

Segundo Ferrajoli, é possível construir um modelo penalógico minimalista redutor de danos, de forma que concebe o fim da pena não apenas como prevenção aos injustos delitos, mas principalmente como esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem,

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 96

espontânea, arbitrária que a falta das penas poderia ensejar. Desde este ponto de vista, a pena apresentar-se-ia como guardiã do direito do infrator em não ser punido senão (razoavelmente) pelo Estado, redimensionando a função do direito e do processo penal, não mais direcionado à tutela social, mas à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada.

Impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado, seria o escopo deste novo modelo de direito, onde garantias penais e processuais, de fato, não são mais do que técnicas que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo, isto é, reduzir ao máximo a previsão dos crimes, o arbítrio dos juízos e o tormento das penas.

Dessa forma, a prevenção dos delitos e prevenção dos castigos conformaria o modelo garantista do direito penal como negação da guerra e proteção do mais fraco. A centralidade da pessoa em seus direitos fundamentais é recuperada pela dupla função penalógica, legitimando sua “necessidade política” e os critérios de limitação dos delitos e dos castigos, tornando a pena um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência.

3.1.3 Garantismo e execução penal

Um sistema jurídico é considerado garantista quando consegue minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação no mundo empírico (efetividade), com base nos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição.

Não existe um sistema jurídico perfeito, mesmo que se trate de um Estado Democrático de Direito sempre irá ocorrer imperfeições no sistema, pois, os valores descritos nas Constituições são por vezes desrespeitados.

Ferrajoli⁴¹ diz que “uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1ª ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 786

coercitivas, ou seja, de garantias, que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo". (2006, p.786)

Estes elementos valem também para outros setores do ordenamento jurídico, uma vez que é possível elaborar uma teoria geral do garantismo, com referência a outros direitos fundamentais, outros critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade.

Nosso sistema penal, no que se refere à Execução Penal, possui uma perspectiva garantista com base nos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição, contudo, carece de efetividade. Nos termos da Lei 7.210/84, em seu artigo 3º “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. Seguindo o mesmo entendimento, o artigo 40 da mesma Lei diz que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XLIX, estabelece, entre outras garantias, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Desta forma, a Lei 7210/84, sendo norma infraconstitucional, para que se tenha fundamento de validade deve estar de acordo com as normas jurídicas e princípios previstos na Constituição.

Neste sentido ensina Bester⁴² (2005, p.59):

O conceito de constituição é construído a partir da noção de hierarquia existente entre as normas jurídicas, sendo ela norma básica, a norma principal dentro da pirâmide de um ordenamento jurídico, que confere fundamento de validade de todas as demais normas que dela derivam.

O que se buscou no momento da elaboração da Lei de Execução Penal, e que deve ser efetivado, é a aplicação garantista do princípio da humanidade. O princípio da humanidade e o da dignidade da pessoa humana é garantido constitucionalmente em nosso Estado Democrático de Direito, devendo ser respeitado e aplicado.

⁴² BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**, v.1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005, p. 59

Diante de uma breve análise da Lei de Execução Penal, percebe-se que existe uma harmonia de suas normas com o preceito Constitucional, em busca das garantias e dos direitos fundamentais daqueles que estão privados de sua liberdade.

A Constituição é norma fundamental e segundo Veloso⁴³ (2000, p.18):

O sistema jurídico, que se apresenta nessa estrutura escalonada, tendo, no ápice, a Constituição, deve ser coerente, racional. Qualquer conflito, qualquer antinomia que agrida o postulado da primacia da Carta Magna viola um princípio essencial, comprometendo a harmonia do ordenamento.

Nos termos da Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVII, não haverá em nosso ordenamento jurídico, pena de morte (salvo caso de guerra declarada – artigo 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis.

Temos, portanto, um sistema penal de execução com base no modelo da teoria garantista de Ferrajoli, devidamente recepcionado pela norma fundamental, mas que infelizmente carece de efetividade.

3.2 A crise da Execução Penal e o Sistema Penitenciário

A crise instaurada no âmbito da execução penal perpassa pelo desrespeito às normas e garantias previstas na Lei 7.210/1984, momento no qual o próprio Estado viola a sua legalidade, de forma a aumentar o sofrimento do apenado e minimizar as possibilidades de ressocialização do indivíduo.

Embora exista a previsão legislativa sobre o papel do Estado de proporcionar condições favoráveis para reinserção do apenado e do egresso, hoje, isso se trata de uma utopia diante da realidade fática do que é visto no sistema penitenciário brasileiro.

⁴³ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9882 de 03/12/1999. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 18

O caráter da pena na íntegra não é o da ressocialização, e sim a mutilação física e emocional do ser humano, fazendo com que ele pague com o próprio corpo todo o mal praticado, muitas vezes a condenação supera o ato ilícito.

Nos estabelecimentos prisionais chegou-se a um ponto tão alarmante quanto as questões de precariedade de condições, superlotação, taxa de ocupação, ausência de direitos, insalubridade, desumanização, entre outros fatores, que passa a impressão de irreversibilidade desse quadro.

A questão já muito maior do que apenas uma questão penitenciária, e nesse sentido Augusto Thompson expõe que:

A questão penitenciária não tem solução “em si”, porque não se trata de um problema “em si”, mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta de qualquer autonomia. A seu turno, a questão criminal também nada mais é que mero elemento de outro problema mais-amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária. (THOMPSON, 2002, p. 210)

3.2.1 O sistema de execução instituído pela LEP e a necessidade de recodificação

Como demonstrado em recorte histórico anteriormente, a luta pela legalidade na execução penal já era tema de debate desde a edição do Código de Processo Penal, em 1941. A lei 7.210/1984 buscou proporcionar ao condenado a tutela de seus direitos e garantias, além da restrição da atividade da administração e normatizar a jurisdicionalização da execução da pena, com o intuito de diminuir as violações, diante de ampla discricionariedade que havia no trato das questões de ordem penitenciária.

Essa normatização da jurisdicionalização visou tornar eficaz o princípio da legalidade, de forma que assegurasse aos apenados a tutela de seus direitos fundamentais, e passando a ser um titular de direitos, sendo sujeito de relação processual, algo que gerou paradoxo da relação processual na execução da pena, criando tensão entre jurisdição e administração, tendo em vista que antes, o apenado podia ser considerado mero objeto do procedimento. Nesta seara, acabou se revelando um complexo vínculo entre direito penitenciário, inequivocamente administrativo, e processo de execução, de natureza jurisdicional.

Isto posto, Salo de Carvalho⁴⁴ afirma:

Todavia, se a intenção do legislador de 1984 foi harmonizar a matéria, obteve, ao contrário, como efeito perverso, sua total desregulamentação.

Pior, ao tentar otimizar a legalidade da execução penal através de um estatuto único perpassado pelo princípio da jurisdicionalização, acabou, 'acidentalmente', submetendo os direitos do condenado a uma estrutura administrativa-disciplinar e clínico-criminológica, na qual os direitos ficam invariavelmente subordinados aos laudos técnicos e aos procedimentos disciplinares. Se a característica da descodificação é a criação de uma desordem jurídica em decorrência da sobreposição da estrutura do direito administrativo ao penal, percebe-se, com a autonomização da execução, uma substancial redução dos direitos e garantias penais e processuais penais em prol da estrutura disciplinar e criminológica. Não obstante, diferentemente do que representa um estatuto processual penal de garantias, o estatuto executivo autônomo superdimensiona a noção de segurança que, em choque com os direitos e garantias do preso, acaba preponderando.

Neste quadro, uma das formas (normativas) de garantir os direitos dos apenados seria a recapitação do processo penal e, em consequência, de sua estrutura principiológica. Para tanto, advoga-se, como proposta político-criminal, a urgente necessidade de recodificar a execução, restabelecendo a idéia de sistema processual que foi totalmente ofuscada pela reforma de 1984. (CARVALHO, 2001, p. 207)

3.2.2 Da impossibilidade de ressocialização

Já foi abordado que uma das finalidades da Lei 7.210/1984 é a recuperação do indivíduo apenado, visando o seu retorno ao convívio social, sem a reincidência no cometimento de um novo delito.

Caberia ao Estado oferecer condições ideais para que o condenado, ao final do cumprimento de sua pena, tenha acrescentado coisas boas na sua vida e personalidade, melhorando suas chances de vida digna ao se tornar um egresso e retornar a vida em sociedade.

Porém, é evidente que a pena privativa de liberdade pessoal é em si mesma um mal: um mal para a pessoa sobre quem é posta, mas também um mal para a sociedade constrangida a dela recorrer, como mortificação pela falência da prevenção, falência da qual a pena é viva testemunha, com dispêndio de meios com escassez de perspectiva de sucesso quanto à prevenção especial. Justamente por isso propõe-se através de pena privativa de liberdade, como através da pena em geral, uma finalidade reeducativa e ressocializante.

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 207

Entretanto, sabe-se que a pena privativa de liberdade não nasceu de uma exigência de reeducação ou de ressocialização, mas sim de uma dupla intenção totalmente diversa: a necessidade de isolar o culpado da sociedade e a exigência de substituir com uma punição menos bárbara as penas desumanas, degradantes e extremas que marcaram por muito tempo o direito punitivo.

Dentro da penitenciária, o condenado cria um sentimento de ódio, vingança, e agressividade, como forma de compensação ao que é submetido. Um sentimento de que a sociedade está em débito para com ele o leva a ansiar pela revalidação de seus direitos.

Nucci⁴⁵, diz que:

[...] na prática, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento de pena, em especial no tocante à pena privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distante do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto. (NUCCI, 2008, p. 1005)

A reincidência demonstra que o objetivo da LEP é ineficaz, uma vez que o encarcerado passou por todo trâmite da pena, cumprindo integralmente todo o regime fechado e quando é posto em liberdade, volta a cometer crimes. A palavra reeducando significa educar pela segunda vez, algo que não abrange o indivíduo reincidente, se tornando utopia ou até mesmo um paradoxo.

Como já mencionado, os dados são alarmantes e podemos constatar que a maioria dos estabelecimentos prisionais não estão aptos para praticar a o previsto na Lei de Execução Penal, a aptidão que engloba a estrutura do cárcere, bem como, funcionários instruídos acerca do devido tratamento aos presidiários, obedecendo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, já virou algo normal entre os cidadãos brasileiros ouvir a frase “presídios lotados”, pois é algo rotineiro nos jornais, tornando-se comum. Dessa forma, qualquer pessoa

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

hoje sabe das condições vivenciadas pelos apenados, que vivem em extrema vulnerabilidade e ausência de direitos.

O retrato dos presídios no Brasil hoje retrata a falência do modelo e total ineficácia do Estado no cumprimento da Lei. A oferta de trabalho seria de suma importância para ajudar na ressocialização, evitando a reincidência, como bem assevera Júlio Fabbrini Mirabete⁴⁶:

Exalta-se seu papel de fator ressocializador, afirmando-se serem notórios os benefícios que da atividade laborativa decorrem para a conservação da personalidade do delinquente e para a promoção do autodomínio físico e moral de que necessita e que lhe será imprescindível para o seu futuro na vida em liberdade.

3.2.3 A desumanização e a importância dos Direitos Humanos

Pode-se dizer que há um processo de desumanização grande dentro e fora dos estabelecimentos penais.

Dentro ocorre por parte do Estado e seus agentes responsáveis, por proporcionar um ambiente com condições precárias para o convívio dos presos, que deveriam ser indivíduos possuidores de direitos como qualquer outro cidadão, mas na prática não acontece.

Enquanto fora, há uma crescente na sociedade de manifestações com discurso de ódio, de forma a interpretar o marginalizado como alguém inferior, muitas vezes para justificar a ação policial e a falha do sistema carcerário, aos maus tratos aos presidiários e as péssimas condições em que estes humanos se encontram, as pessoas desumanizam aqueles que, por qualquer motivo, tenham sido condenados por algum crime.

Quando na realidade, mal sabem se de fato cometeram o crime, pois conforme os dados anteriormente citados, cerca de 40% da população carcerária no Brasil ainda não possui condenação judicial.

A verdade é que a sociedade se esquece que os detentos também são seres humanos, não se importando com a violação de seus direitos e de suas garantias constitucionais, sendo

⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 87

praticamente impossível uma reabilitação ou ressocialização diante deste cenário de preconceito social enraizado na desigualdade. Ao sair da prisão, ao condenado não lhe é dado oportunidades básicas, tais como emprego, educação, moradia, e respeito. Acaba que o retorno à criminalidade vira questão de tempo, algo quase inevitável.

Diante disso, a importância dos direitos humanos e sua busca incessante pela valorização da existência humana no meio social, destituindo-a da condição de coisa, buscando garantir-lhe os mínimos direitos humanos fundamentais, originários através das relações interpessoais estabelecidas na vida em sociedade.

Fernando Barcellos de Almeida⁴⁷ prescreve em sua obra de direitos humanos, que:

Em matéria de violações dos Direitos Humanos, é necessário ressaltar as perversas tentações inseridas em cada um de nós para aceitar exceções que justificariam a aplicação de tortura e outros agravos aos nossos semelhantes, em parte calcadas no axioma do faça o que digo, mas não o que faço. (ALMEIDA, 1996, p.121)

O condenado não pode ser tratado como um inimigo do Estado, seus direitos devem ser respeitados e protegidos, pois, não estamos diante de um direito penal de autor. No modelo de Estado Democrático de Direito, a adoção do direito penal do inimigo independentemente da natureza e gravidade do crime, é um ataque aos direitos e garantias fundamentais e violação dos direitos humanos.

Pautando pelo art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁴⁸, onde temos:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Pode-se dizer que os direitos humanos são os direitos e liberdades básicas que devem gozar todos os seres humanos, pressupondo o acesso às condições elementares para o

⁴⁷ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 121

⁴⁸ Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>

gozo de uma vida digna, além de garantir a liberdade de pensamento e de expressão e a igualdade perante a lei.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, há de se concluir que a população carcerária no Brasil hoje está totalmente desamparada perante o Estado, tendo em vista que os seus direitos e garantias não estão sendo tutelados pelo Poder público.

A dignidade da pessoa humana, valor básico embasador de todos os outros direitos humanos, vem sendo incessantemente violada, porque o que temos visto é o Direito Processual Penal como um todo, funcionando como mecanismos de coisificação do homem, negando a condição de ser humano ao acusado e tratando-o como verdadeiro objeto do processo.

E a situação piora no âmbito da Execução Penal, a realidade dos estabelecimentos prisionais do país é estarrecedora!!

O Brasil acabou de se tornar a 3ª maior população carcerária do mundo, e tudo isso com uma taxa de ocupação absurda, de tal forma que, no geral, temos praticamente o dobro de presos para o número de vagas ofertadas.

As condições nas penitenciárias, presídios, cadeias públicas são muito precárias, de forma que a formas de assistências previstas na Lei 7.210/1984 ficam apenas no papel.

Há um circuito vicioso nesses estabelecimentos, misturando presos provisórios, ainda sem condenação definitiva, com outros presos já condenados, de maior potencial ofensivo, e de uma escala de hierarquia acima dos demais. A estada que deveria ser transitória para alguns, acaba tornando-se definitiva, e esse sistema atual completamente corrompível e indestrutível ao indivíduo apenado.

O fato é que o condenado num estabelecimento prisional no Brasil passa a viver em uma situação em que se constata a total ausência de direitos, de modo que o Estado cria um contexto de desvinculação com a sociedade, diminuindo o cidadão, como se ele, naquele local, não fosse um sujeito de direito.

Ignora-se o previsto no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal, de modo que próprio Estado viola o ser ordenamento.

A lei de Execução Penal é clara ao prever que o Estado é o responsável pela integridade física e moral do preso, no entanto, isso não é cumprido.

O objetivo maior da Lei 7.210/84 é, em tese, fazer com que o delituoso cumpra sua pena e após o cumprimento, não reincida no cometimento de um crime. Diante disso, o instituto da ressocialização é mais do que fundamental para alcançarmos esse objetivo, de forma que o indivíduo possa ser reinserido ao convívio em sociedade, porém, é outro fator que não acontece.

No contexto da superlotação carcerária, todos saem perdendo. O preso, o Estado e a sociedade em geral, que após o cumprimento de pena, recebe novamente um indivíduo ainda mais sofrido, ainda mais magoado e revoltado com o sistema, de forma que as chances de retornar ao mundo do crime serem bem altas diante da falta de oportunidades e com a bagagem adquirida na prisão.

A crise atual já chega a níveis sem precedentes, de forma que aparenta não ter solução. Os dados divulgados pelo INFOPEN nos mostram que ano após ano, a situação piora, pois aumenta-se o número de presos e mantém-se o número de vagas nos estabelecimentos prisionais.

O processo de recuperação penitenciária pode ser bastante demorado, inicialmente o Estado deveria considerar maiores investimentos de forma a ampliar e aprimorar a estrutura já existente, porém, como bem abordado por Augusto Thompson, a questão criminal aparenta já não se resolver por si só. Trata-se hoje de um problema muito mais amplo que engloba a estrutura sócio-político-econômica.

Do exposto, diante da falência do modelo atual, principalmente pelo não cumprimento com a legalidade, ou seja, o previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, temos uma situação estabelecida que aparenta baixíssima chance de solução a curto prazo.

Uma possível solução surge de uma recodificação do que temos hoje na esfera da execução penal, pois trata-se de um quadro de total desregulamentação no ordenamento, de forma que nem os princípios básicos do cidadão estão sendo respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32/33
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28, 76
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 568
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Execução penal**. RT, vol. 623, São Paulo: RT, 1987. p. 259-260
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos dos presos**. Forense, 1980, p. 31.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios no processo civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 145
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 42
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 28
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 11 ed. Salvador: JusPODVM, 2009, p. 92
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo. Saraiva, 1989, p. 110, 126 e 129.
- GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Processo Penal**. Barcelona, Bosch, 1935, p. 8
- CASARA, Rubens e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 29.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral: arts. 1º a 120**. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 62
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 320

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 138/139

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. Ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 100, 102

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos direitos humanos do preso**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005, p. 84, 92

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 175, 240

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Tradução de IBÁÑES, Andrés Perfecto y GREPPI, Andrea. 2ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2001

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1ª ed. Italiana, Noberto Bobbio. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 786

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**, v.1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005, p. 59

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9882 de 03/12/1999. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 18

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 87

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 12

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. 1. ed. - São Paulo: Forense, 2014

FOUCAULT, Michel. “Vigiar e punir – Nascimento da prisão”. 42 ed. Vozes, 2018

LYRA, Roberto. **Penitência de um penitenciário**. Belo Horizonte. Líder, 2013, 102 p

ZAFFARONI, Eugênio R. “Em busca das penas perdidas” São Paulo. Revan, 1991