III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-332-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II" do III Encontro Virtual do CONPEDI (IIIEVC), com a temática "Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania", promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a "TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL", do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo "SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ" da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraiso.

"RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO", terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

PRISON RESPONSIBILITY: THE STATE'S DUTY OF ACTION TOWARDS THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF BRAZIL'S PENITENTIARY SYSTEM

Nathan Castelo Branco de Carvalho [1]
Adriel Adrian Gomes
Júlia Santos Alves Prata

Resumo

O artigo trata da superlotação, entre outros problemas, envolvendo o sistema penitenciário brasileiro. Inicialmente o tema será analisado sob uma perspectiva criminológica, visando investigar a (des)legitimação da pena de prisão e os efeitos do seu uso indiscriminado. Posteriormente será ponderada decisão do STF que declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, diante das notórias violações do ordenamento jurídico. Por fim, confrontando decisão da corte suprema que estabeleceu meios para evitar a superpopulação no cumprimento de medidas socioeducativas, serão avaliadas diretrizes e possibilidades da adoção de medidas semelhantes para a superação do problema no sistema penitenciário.

Palavras-chave: Pena de prisão, Sistema penitenciário, Estado de coisas inconstitucional, Supremo tribunal federal, Responsabilidade estatal

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with prison overpopulation, among other problems, involving Brazil's penitentiary system. Initially the theme will be analyzed from a criminological perspective, aiming the (de)legitimization of prison sentences and the effects of its indiscriminate use. Subsequently, a decision from the Supreme Court that declared the unconstitutional state of affairs of Brazil's penitentiary system in view of violations of the legal system will be considered. Finally, confronting the decision of the Supreme Court that established ways to avoid overpopulation concerning socio-educational measures, guidelines and possibilities for adopting similar measures to overcome the problem in the prison system will be evaluated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Imprisonment, Penitentiary system, Unconstitutional state of affairs, Supreme court, State responsibility

[1] Mestre e Doutor pela Universidade de Ribeirão Preto, SP

1. INTRODUÇÃO

A superlotação das penitenciárias brasileiras carrega marcas históricas de uma tragédia anunciada, denunciada pelas inúmeras reportagens em que o ponto comum é o gesto com as mãos dos presos que reforçam a existência da condição já facilmente percebida. A falta de preocupação do Estado com o ser humano a partir do momento que ele está no cárcere faz destes locais verdadeiros depósitos de pessoas.

O Brasil, hoje, possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos e China, países exponencialmente populosos. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), apontam que, em fevereiro de 2020, o país possuía mais de 773 mil pessoas no cárcere, em sua maioria, em regime fechado. A segunda maior população, em torno de 33,47% do total, é de pessoas que ainda não foram condenadas, submetidas a prisões provisórias (INFOPEN, 2020).

A notoriedade do problema implicou no reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, após provocação do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, embora pouco tenha sido feito para a superação do problema.

Diante desse cenário, se faz necessária uma análise dos fatos por uma perspectiva histórica, criminológica e jurídica, para compreender o porquê da prisão em massa ser um erro grave na questão criminal, além de afetar diretamente os direitos humanos, discutindo-se medidas capazes de mitigar esse grave e antigo problema.

Para atingir o objetivo proposto a metodologia envolvida no desenvolvimento do presente artigo será a pesquisa bibliográfica, sobretudo no campo da criminologia, para que se possa determinar a importância de enfrentamento imediato do problema. A metodologia envolverá, também a análise de decisões judiciais. Será avaliada, inicialmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, tanto os argumentos utilizados pela Corte Suprema para a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, quanto os limites da decisão para a superação do problema. Posteriormente, após pesquisa sobre diretrizes doutrinárias para o enfrentamento da questão, será verificada a decisão do STF que impôs medidas concretas referentes ao problema da superlotação no sistema de cumprimento de medidas socioeducativas, buscando encontrar caminhos para atacar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário.

2. A CRISE DE LEGITIMIDADE E O CUSTO SOCIAL DA PRISÃO

A ideia de que a prisão serve como um instrumento para a redução da criminalidade já se mostrou falha. Os índices conhecidos de criminalidade e violência são crescentes com o passar dos anos. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020), apontou, por exemplo, que a taxa de mortes violentas cresceu cerca de 7,1% do ano de 2019 para 2020.

Por outro lado, desde o ano 2000, o país apresenta, em média, um crescimento anual de 7,14% em sua população carcerária, indicando que o aumento do encarceramento não implica numa redução dos desvios praticados pela população.

Analisando essa relação, Angela Davis aponta que, a partir da década de 1980, na Califórnia, Estados Unidos, houve um crescimento nas construções de estabelecimentos prisionais, com o argumento de que esta seria uma forma severa de combate ao crime que, anos mais tarde, se mostrou ineficiente, pois surtiu pouco, ou nenhum efeito em seu objetivo inicial (DAVIS, 2018).

Décadas mais tarde pode-se observar que o mesmo argumento continua a ser utilizado, por mais insustentável que seja.

Merece destaque a constatação de Davis que estes locais eram destinados para negros e latinos (DAVIS, 2018), pessoas indesejadas em uma sociedade institucionalmente racista. Tal fato não se limita, evidentemente, aos estadunidenses.

Sistemas prisionais racistas estão presentes em todo mundo. A maior parte da população em cárcere no Brasil, por exemplo, é composta de negros, cerca de 66,7% (FBSP, 2020), embora a população brasileira tenha apenas 56,20% de pessoas que se declaram negras (IBGE, 2019).

Nesse contexto, a questão racial é notoriamente determinante num estigma do criminoso que se propaga pela sociedade brasileira.

Sobre o estigma e seus efeitos sociais, Erving Goffman ensina:

> Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: Construímos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social (GOFFMAN, 1991).

Portanto, é importante atentar que o problema racial decorre muito desta estigmatização histórica, institucionalizada no corpo social. O desacato por parte do Estado,

transformando as prisões em depósitos de seres humanos, sem a mínima preocupação com as condições em que os encarcerados vivem, é reflexo dessa taxação dos indivíduos como perigosos e indesejados na vida em sociedade. E isto vai além dos delitos cometidos por eles, pois envolve diretamente a dignidade humana, que não pode ser deixada de lado pelo indivíduo encontrar-se fora do convívio com a sociedade civil.

Desta forma, o problema da criminalidade nunca será solucionado dentro de penitenciárias, que não reabilitam as pessoas, mas as rebelam.

Partindo da ideia de que a prisão é uma concepção burguesa de punição (RUSCHE e KIRCHHEIRMER, 1999), a ideia de retirar do convívio social pessoas negras, latinas e de baixa renda é claramente a vontade da classe dominante sobre o restante da população (considerando a burguesia homens brancos e ricos, que ocupam posições de poder), como uma saída para mascarar o problema da desigualdade, presente desde que o capitalismo se difundiu mundialmente.

Ainda segundo Rusche e Kirchheirmer:

> Julgamentos públicos, livre escolha de um advogado, proteção contra o encarceramento ilegal, supressão de tortura, normas definidas para as provas; todas estas demandas foram feitas em nome da humanidade e do progresso humano, visando o benefício de todas as classes igualmente. Porém, a experiência tem mostrado que os efeitos dos novos procedimentos têm diferido bastante em entre as várias classes, a despeito de uma certa tendência para o crescimento de garantias gerais (RUSCHE e KIRCHHEIRMER, 1999).

É possível concluir, portanto, que, pela forma de estruturação dos julgamentos, ligada diretamente com a punição pelos delitos, desde o início da aplicação dessa sistemática a classe dominante se favorece. Mais tarde, Rusche e Kirchheirmer trazem à tona que a burguesia usava destes instrumentos não apenas para ter um tratamento diferenciado, já que podia pagar por bons advogados, mas também para garantir a impunidade por atitudes reprováveis, devido a sua influência.

Por outro lado, as classes menos favorecidas não tinham acesso aos recursos criados, pois, embora as garantias fossem supostamente para todos, elas não tinham capital para o custeio de uma defesa e a garantia de um processo adequado.

Ainda nos dias atuais, ainda que exista o direito à assistência judiciária gratuita, o sistema não consegue atender todos aqueles que dele necessitam, e, consequentemente, as penitenciárias vão se tornando o destino daqueles que estão à margem do sistema capitalista.

E da mesma forma que as prisões são uma concepção burguesa de punir, a construção do estigma do indivíduo criminoso também vem das camadas mais altas da sociedade,

representando uma segregação entre aqueles que possuem renda, “boa” reputação e influência, e os que não possuem, que têm condições precárias de trabalho, de escolaridade e de convívio social. A concretização dessa construção torna-se inevitável ao se considerar que a justiça é representada em sua maioria por membros destas classes altas, colaborando para esta segregação, marginalizando as pessoas que estão à mercê do sistema e colocando-as nas prisões. (BARATTA, 2014).

Nesse contexto, explica Becker que todas as classes sociais criam regras e tentam, de alguma forma, impô-las, definindo, desta forma, o certo e o errado, o que é reprovável ou não. Quando um indivíduo quebra essas regras, agindo diferente do esperado, o autor o define como um *outsider*. Por outro lado, estes que quebram regras e rompem com padrões pré-estabelecidos enxergam seus juízes como *outsiders.* (BECKER, 2009). Cria-se, portanto, uma forma de conter estas pessoas que rompem com o padrão, que fazem o errado, de acordo com a concepção da maioria. Estes serão submetidos ao sistema punitivo mais comum - e de eficácia questionável - criado pelo homem moderno: a prisão.

O sistema penitenciário é uma forma de controle social, ou seja, é um instrumento punitivo com um público específico. A ideia de que aplicar-se-á uma pena ao indivíduo que cometeu um delito apenas para que ele pague sua dívida com a sociedade é meramente ilusória. Conforme exposto por Juarez Cirino dos Santos:

> O estudo das transformações do poder de punir objetiva caracterizar a disciplina como modalidade específica de controle social do capitalismo incorporada na estrutura panóptica das relações sociais e, desse modo explicar a instituição carcerária pela necessidade de produção e reprodução de uma ‘ilegalidade fechada, separada e útil”, que garante e reproduz as relações de poder e a estrutura de classes da sociedade (SANTOS, 2018).

Uma parte considerável da clientela do sistema penitenciário cumpre prisão provisória (33%, conforme dados do DEPEN), ficando atrás apenas daqueles que estão em regime fechado, que representam 49% (INFOPEN, 2020). O Estado, de certa forma, banaliza o cárcere, que deveria ser utilizado como último recurso e para ressocializar o indivíduo, mas acaba servindo de destino para aqueles que aguardam pelo julgamento de seus crimes.

Isso resulta numa instituição saturada, que não cumpre suas funções sociais. O indivíduo, estando no cárcere, é abandonado pelo Estado, e, com sua saída, sofre as consequências causadas pelo estigma de ser egresso do sistema prisional.

Esse é o caminho indicado pelos teóricos do "labelling approach", teoria que estudou os efeitos do processo de criminalização e da prisão sobre o indivíduo. Este, ao ser capturado

pelo aparato repressivo, receberá o rótulo de desviante, decorrente da reação social e institucional a seu comportamento. Passando pelas chamadas "cerimônias degradantes", momentos em que é submetido à ação repressiva e marcante da polícia e do Poder Judiciário, o indivíduo é também levado a uma penitenciária, identificada como "instituição total" por impor a ele uma identidade e uma rotina. A sujeição a essa realidade opressora implica numa busca de aproximação dos iguais, ou seja, outros desviantes, o que resulta no aprendizado de habilidades e comportamentos, e um consequente "mergulho no papel de desviante", representando a antessala de uma carreira criminal. Com efeito, ao sair da instituição total o desviante encontra na sociedade os efeitos decorrentes de sua rotulação (dificuldade de acessar empregos, abandono por parte de amigos ou familiares) e, identificado ele próprio com esse papel, tende a praticar novos desvios (SHECAIRA, 2014).

Alessandro Baratta, concluindo nesse mesmo sentido, cita que o cárcere serve apenas para que se reproduzam “delinquentes” e normaliza as relações de desigualdade social pertinente na sociedade (BARATTA, 2003).

Portanto, se analisarmos todas estas perspectivas, da construção do indivíduo, a forma como as classes altas da sociedade oprimem os menos favorecidos, estigmatizando-os, reduzindo suas oportunidades (que os leva ao crime, como forma de buscar seu sustento), e criando uma forma de punição que não os ressocializa, mas sim, os corrompe e os rebela, fica evidente que o cárcere, mal tutelado pelo Estado, é, e sempre foi, um meio para retirar da sociedade aqueles que infringem suas regras (impostas muitas vezes sem qualquer neutralidade), de escondê-los em algum lugar, sem a mínima preocupação do que eles irão vivenciar naquele ambiente ou a partir do momento em que saem da prisão.

O cenário apresentado revela uma crise de legitimação do sistema penitenciário, usado historicamente para subjugar aqueles que não eram detentores de riquezas, além do seu efeito negativo para a sociedade como um todo, levando ao aumento da criminalidade e à exclusão de toda uma classe de pessoas.

3. ANÁLISE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Ao lado dos problemas apresentados à luz da criminologia, o sistema prisional brasileiro é questionado também sob um aspecto estritamente jurídico, violando normas constitucionais, como a integridade física e moral do detento.

Muito tempo após o reconhecimento notório do problema foi ajuizada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tendo por objeto as más condições do cárcere no Brasil, pedindo o reconhecimento da violação de preceitos, direitos e garantias fundamentais dos encarcerados.

O ministro relator da ADPF, Marco Aurélio Mello, decidiu em caráter liminar pela configuração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional:

> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** – ADEQUAÇÃO. Cabível é a **arguição de descumprimento de preceito fundamental** considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09/09/2015).

Em sua arguição, na tribuna, o patrono do partido responsável pela arguição ressaltou o abismo que existe ainda entre a Constituição Federal, os direitos fundamentais garantidos nela, e a aplicação de tais direitos. O discurso mencionou, ainda, que o Poder Executivo contingencia verbas destinadas ao sistema carcerário, alegando que há dinheiro, porém, há recursos que não são aplicados para a finalidade de melhoria ou investimento para as próprias penitenciárias (ADPF 347).

Com o julgamento da ADPF citada, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a falha no sistema carcerário, entendendo ser um sistema que atua sob inconstitucionalidade, afinal, torna-se uma prisão ilegal aquela que fere os direitos dos presos, sob o viés constitucional. Sobre as medidas decorrentes do reconhecimento do problema, o ministro relator decidiu pela priorização de medidas alternativas de liberdade, para evitar a superlotação do sistema, a fim de priorizar a integridade dos presos.

Concretamente, todavia, a corte suprema afirma que há uma inconstitucionalidade na

condição do preso, mas não toma medidas reais para transformar essas condições (VALOIS, 2019).

Ao lado do pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade presente no sistema prisional, a ADPF também postulou uma flexibilização para decidir sobre progressão de regimes, a fim de não aplicar medidas mais severas do que devidas, e com isso, mitigar a superlotação do sistema carcerário. O pedido, porém, foi indeferido, justificando a suprema corte que não poderiam flexibilizar uma disciplina legal.

Sobre o indeferimento do pedido e a própria contradição do Supremo Tribunal Federal, Valois entende que:

> Ora, é a própria decisão do STF que diz que a lei está sendo flexibilizada em abstrato e em concreto quando reconhece que o sistema penitenciário nacional é inconstitucional e viola a dignidade da pessoa humana, violando inúmeros dispositivos da lei que o regula, a Lei de Execução Penal, não havendo porque ser tão rigoroso quanto a determinados requisitos da lei, limitadores da liberdade, segregadores, enquanto outros, ligados a garantias essenciais, ligados à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, são violados (VALOIS, 2019).

Ao lado das garantias constitucionais aplicáveis aos detentos, também merece atenção o disposto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), pautada pelos princípios constitucionais que garantem a não violência a integridade física e moral dos presos, delimitando até onde poderiam ir as punições estatais, abrangendo também aspectos qualitativos do cumprimento de tais penas.

Nas últimas décadas o Estado deu pouca atenção ao sistema prisional, deixando de lado o atendimento humanizado previsto em lei, principalmente no que se refere à privação de liberdade, fazendo com que muitas prisões se tornassem verdadeiras masmorras, atentando contra a saúde física e mental dos presos, em desrespeito à lei e à Constituição (NUCCI, 2012)

A Lei de Execução Penal, criada para ressocializar o egresso do sistema prisional, é inaugurada com a previsão de seu artigo 1º no sentido de que: “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”.

O sistema carcerário vigente, contudo, não permite a atenção a esses preceitos, pois não disponibilizam ao detento seus direitos fundamentais que possam manter sua integridade moral, e ao sair (já estigmatizado pela sociedade), trará consigo as marcas causadas pela prisão, dificultando a ressocialização. Nesse sentido, Brito entende que:

> Quando o Estado-juiz determina a custódia de uma pessoa, surge a obrigação de fornecer a ela os elementos mínimos para a manutenção de suas necessidades diárias quanto à alimentação, ao vestuário, acomodação, ensino, profissionalização, religiosidade e quaisquer outras que não confrontem com a natureza da execução da pena (BRITO, 2013).

A carência dos cuidados por parte do Estado (garantidos constitucionalmente), impossibilita uma reinserção digna, refletindo assim na marginalização e na pendência ao mundo do crime, sendo o egresso acolhido por ele.

São, enfim, diferentes as fontes - internas e internacionais - que reconhecem a importância da garantia de direitos fundamentais aos presos, conforme apontado por Assis:

> As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5o, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica - a Lei de Execução Penal - os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal (ASSIS, 2007).

Como citado, a superlotação ainda é um obstáculo a ser enfrentado no combate à violação da integridade física do detento.

A pandemia de Covid-19, ainda presente com intensidade no Brasil, aprofundou o já grave problema, uma vez que os métodos preventivos para o combate da doença implicam no distanciamento e isolamento, conforme recomendados pelo CNS (Conselho Nacional de Saúde).

Com a necessidade destes procedimentos recomendados para a prevenção do novo coronavírus, houve uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação Nº 62 de 17/03/2020), consagrando medidas para mitigação dos riscos de contaminação dos detentos, entre as quais a possibilidade de antecipação de progressão de regimes e a diminuição das prisões cautelares, o que revela, mais uma vez, o conhecimento por parte do Estado do problema do sistema penitenciário e dos riscos que ele envolve, bem como das medidas que podem ajudar a minimizar o problema.

4. DIRETRIZES PARA A RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA DO ESTADO

O idealismo que prepondera na política criminal pátria das últimas décadas, orientado pela visão do encarceramento como solução do problema criminal, contrasta com a realidade material desastrosa do sistema penitenciário brasileiro e suas consequências negativas, seja sob uma perspectiva jurídica, seja por um aspecto criminológico e social.

Por um lado, é patente a violação dos direitos e garantias fundamentais daqueles que encontram-se submetidos ao encarceramento, escolhidos, muitas vezes, não pela gravidade da infração praticada, mas por integrarem a classe dominada e sujeita ao controle de uma classe dominante, que controla o aparato repressivo estatal.

Por outro lado, o descaso com essa realidade implica em graves problemas sociais, há muito conhecidos e ignorados, destacando-se a formação de uma categoria de indivíduos formada por egressos do sistema penitenciário que, diante da dificuldade de colocação no mercado de trabalho, acabam muitas vezes seguindo uma "carreira criminal" (SHECAIRA, 2014).

E ainda que reconhecidos esses problemas com a declaração do estado de coisas inconstitucional, não se observa uma necessária mobilização político-jurídica para a superação do problema.

Essa negação da deslegitimação da pena pelos personagens do sistema penal fora alertada por Zaffaroni:

> Numerosos autores e cultores do discurso jurídico-penal, de pensamentos distintos e com níveis muito diferentes de elaboração discursiva, não integram nenhuma teorização orgânica, mas, em geral, coincidem - a partir de uma visão neokantiana, positivista lógica ou positivista-jurídica (nem sempre expressa e, menos ainda, coerentemente sustentada) - em considerar que, como sua "ciência" encontra-se limitada estritamente pela lei, o discurso jurídico-penal deve reduzir-se à completitude lógica da interpretação da lei em nível semântico, procurando, zelosamente, evitar qualquer dado da realidade "incômodo" (não assimilável pelo discurso) (ZAFFARONI, 2001)

O autor complementa sua construção destacando que, diante da impossibilidade de relegitimar o sistema penal, o discurso passa simplesmente a não se interessar por sua legitimidade, deixando de lado qualquer tipo de consideração ética (ZAFFARONI, 2001).

O comodismo de um discurso neutro e legalista, contudo, não atraiu importantes vozes das ciências criminais, tendo diferentes autores, confrontando as contradições e problemas da realidade material do sistema, se debruçado sobre alternativas.

Nesse contexto merecem destaque as contribuições de Luigi Ferrajoli, com seu garantismo penal, e de Alessandro Baratta e do próprio Eugênio Raul Zaffaroni que desenvolveram uma principiologia visando a aplicação de um direito penal mínimo e a

limitação da violência institucional, consagrando importantes diretrizes cuja observância poderá contribuir para a superação da inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro.

4.1. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Ao construir um sistema garantista, Luigi Ferrajoli se debruça sobre diferentes condições restritivas do arbítrio legislativo ou do erro judicial no exercício do *jus puniendi* estatal. Ainda que o conjunto de condições[1] se refira de maneira mais direta à construção de uma teoria do crime e a pressupostos processuais, o autor não descuidou da problemática da execução, atento para as contradições apresentadas no cumprimento da pena privativa de liberdade:

> A pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea - enquanto não pertinente ou desnecessária - para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão (FERRAJOLI, 2002).

Classificando a prisão como uma instituição "antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva", o autor italiano trabalha com propostas que, embora orientadas a um abolicionismo futuro, poderiam ser aplicadas de imediato (FERRAJOLI, 2002).

Num primeiro ponto, propõe Ferrajoli a limitação do tempo de pena privativa de liberdade, seja qual for o crime, a dez anos, num curto prazo, podendo ser ainda menor a médio prazo, imposta a limitação em norma constitucional. Trata-se de medida que atenderia ao progresso cívico e cultural da sociedade atual, além de se apresentar mais atenta ao fato de que na sociedade informatizada a prevenção geral dos delitos tende a ser satisfeita muito mais pela função de prevenção geral de polícia do que pela ameaça da pena (FERRAJOLI, 2002).

---

[1] *nulla poena síne crímíne; nullum crímen síne lege; nulla lex (poenalis) síne necessítate; nulla necessíta síne íniuría; nulla iníuría síne actíone; nulla actío síne culpa; nulla culpa síne íudícío; nullum iudicium síne accusatíone; nulla accusatío síne proba-tíone;* e, *nulla probatío síne defensíone.*

Aborda, ainda, o autor a necessidade de criação de um sistema de penas alternativas à privativa de liberdade, mencionando:

> Os tipos de penas privativas que se podem conceber como alternativa à privação de liberdade são numerosos e variados, podendo ter como objeto singulares faculdades incluídas na liberdade pessoal ou até direitos diversos menos extensos: como a semiliberdade, a liberdade vigiada, a prisão domiciliar e a limitação de fim de semana, que privam parcialmente a liberdade pessoal; a residência obrigatória e a proibição de residir em determinado local, que privam a liberdade de circulação, enfim, as penas privativas de direitos, que deverão ser previstas como penas principais para determinados delitos próprios, que privam ou restringem certas formas de capacidade das quais o réu abusou em concreto (FERRAJOLI, 2002).

O sistema garantista, orientador (ao menos em tese) do processo legislativo e judicial, parece ser esquecido quando da execução da pena de prisão, momento em que as violações, apesar de notórias, costumam ser ignoradas pelos poderes constituídos.

As diretrizes estabelecidas por Ferrajoli poderão servir como importante fundamento para a idealização de medidas concretas para a superação da questão penitenciária no Brasil.

4.2. A principiologia de Alessandro Baratta e Eugênio Raul Zaffaroni

Na mesma esteira de pensamento, Alessandro Baratta, criminólogo italiano, propôs um conjunto de princípios de um direito penal mínimo, visando articular uma política criminal que pudesse ser implementada a curto e médio prazo.

Baratta parte da premissa de que:

> O sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; ou também por efeito da intervenção penal podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos (BARATTA, 2003).

Trata-se, portanto, de proposta que entende a pena enquanto violência institucional e a ineficiência e seletividade do sistema de justiça criminal, elencando o autor dois grupos de princípios: os intrassistemáticos, que apontam requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei; e os extrassistemáticos, referentes a critérios políticos e metodológicos para descriminalização e solução de conflitos de forma alternativa àquela proposta pelo sistema penal (BARATTA, 2003).

Quanto aos princípios intrassistemáticos, elencados para servir de orientação ao legislador na tarefa de criminalizar ou descriminalizar condutas, merecem destaque os princípios da idoneidade e da proporcionalidade concreta.

O princípio da idoneidade demanda do legislador um estudo empírico e comparativo sobre os efeitos da pena, somente devendo subsistir àquelas que produzem, efetivamente, um efeito social útil. Complementando essa orientação, o princípio da proporcionalidade concreta, também chamada de adequação do custo social, exige uma avaliação da incidência negativa da pena, seu elevado custo social, requerendo a aplicação de atenuantes e benefícios capazes de minimizar, em especial, a desigualdade desses efeitos num estrato social mais baixo (BARATTA, 2003).

Por outro lado, no grupo dos princípios extrassistemáticos há uma divisão em dois subgrupos: princípios de descriminalização e princípios metodológicos de solução alternativa dos conflitos.

Merecem destaque, no segundo grupo, o princípio da não intervenção útil, que em respeito à pluralidade demanda o reconhecimento da diferença e o repúdio ao seu tratamento como desvio a ser controlado quando isso não implica em ofensa a direitos humanos; e o princípio da privatização dos conflitos, que pretende revalorar a figura da vítima e a possibilidade de composição (BARATTA, 2003).

Se os princípios de Alessandro Baratta auxiliam na construção de uma sistemática para minimização do uso da prisão, Zaffaroni, que também desenvolveu princípios objetivando limitar a violência penal, consagra em seu princípio do respeito mínimo à humanidade uma "saída" dogmática para a dispensa da pena em casos determinados:

> Quando em nível de previsão abstrata ou, em caso concreto e por circunstâncias particulares ao mesmo, a pena repugne os mais elementares sentimentos de humanidade, envolva uma lesão gravíssima à pessoa em razão de sua circunstância, ou incorpore um sofrimento de que já padeceu o sujeito em razão do fato, a agência judicial, em função do princípio republicano de governo, deve exercer seu poder de dispensar a pena ou de imputá-la legalmente mínima, fato juridicamente admissível, que pode parecer supralegal, mas é, por outro lado, *intraconstitucional* (ZAFFARONI, 2001).

As condições do sistema penitenciário brasileiro, reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, certamente representam ofensa ao respeito mínimo à dignidade, sendo um imperativo constitucional a construção de instrumentos capazes de restabelecer a dignidade da pessoa humana nesse cenário.

Em síntese, a construção feita pelos autores confere importantes diretrizes para uma política criminal que procura reduzir a violação de direitos humanos e os danos sociais decorrentes da realidade atual do sistema penitenciário.

4.3. O paradigma do Supremo Tribunal Federal

Interessante notar que, em cenário com pontos de semelhança à crise do sistema penitenciário, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de forma mais contundente.

Com efeito, no Habeas Corpus coletivo nº 143.988, impetrado pela Defensoria Pública dos Estados do Espírito Santo, Bahia, Rio de Janeiro, Pernambuco, Ceará e Sergipe, a Corte Suprema foi provocada a se manifestar sobre a superlotação nas unidades de cumprimento de medida socioeducativas de internação.

A ordem foi concedida pelo Ministro Relator Edson Fachin, que determinou que as unidades de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade máxima projetada para cada unidade, estabelecendo oito diretrizes para garantir a observância da determinação, a saber:

> *i)* adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso;
> *ii)* reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister;
> *iii)* proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares;
> *iv)* subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação;
> *v)* na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao escorreito cumprimento do plano individual de atendimento podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução;
> *vi)* a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem;
> *vii)* a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária;
> *viii)* alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos (STF, *habeas corpus* coletivo nº 143.988).

Interessante notar que, já na ementa do acórdão, o Ministro Relator foi cuidadoso para evitar eventual extensão do argumento ao sistema penitenciário ao destacar expressões como "Diferenças das políticas de atendimento socioeducativo em relação às políticas criminais" (STF, HC 143.988).

Ainda assim, depois de reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, parece paradoxal o receio do mesmo Supremo Tribunal Federal em afirmar direitos que possam minimizar as violações observadas.

Nesse sentido, a mesma ementa também mencionou a "Impossibilidade de o Poder Judiciário eximir-se de sua atuação nas hipóteses de violação iminente ou em curso a direitos fundamentais" (STF, HC 143.988).

Não há qualquer justificativa para que o Supremo Tribunal Federal não estenda a mesma preocupação e poder criativo para atacar o problema penitenciário.

A atenção a estatísticas que revelam o elevado número de prisões decorrentes da prática de crimes praticados sem violência ou grave ameaça, como furto e tráfico de drogas, bem como o uso desenfreado da prisão cautelar (INFOPEN, 2020) são dados que permitem o desenvolvimento de instrumentos capazes de garantir o mesmo princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão também ao sistema penitenciário, com a adoção de estratégias como a antecipação da progressão de regimes ou mesmo de medidas alternativas à prisão ainda que não previstas em lei.

Se essas medidas poderiam ser tratadas por parte dos personagens do aparato de repressão estatal como supralegais, retorna-se à conclusão de Zaffaroni pela sua intraconstitucionalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A longevidade do problema da superpopulação carcerária no Brasil, além do reconhecimento formal dessa condição pela decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou o estado de coisas inconstitucional, demanda uma mudança de postura por parte dos poderes constituídos, mormente do Poder Judiciário.

É preciso, conforme já alertava Zaffaroni, deixar de ignorar a realidade material incômoda e, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, criar instrumentos que concretizem uma responsabilidade do Estado pelo sistema carcerário.

Trata-se de uma responsabilidade estatal não apenas com o cumprimento de suas próprias normas (exigência dentro de um Estado democrático de direito), mas que debruça

também sobre os efeitos negativos da prisão, desde sua questionável legitimidade, dado os preconceitos e opressões que reflete, até suas consequências, com a criação de carreiras criminais dos egressos do sistema nos moldes em que se encontra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Paula. *O encarceramento tem cor, diz especialista. Conselho Nacional de Justiça*, 2020. Disponível em: <www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

ASSIS, Rafael Damasceno de. *As prisões e o direito penitenciário no Brasil*, p.4. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema- penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 30 de março de 2021.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. *Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Doctrina penal. Teoria e prática em las ciências penais. Ano 10, n. 87, 1987, p. 623-650.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi Di. *Dos delitos e das penas*. Tradução Vicente Sabino Junior. São Paulo: Cid, 2004.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos da sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BRASIL. Constituição (1988*). Constituição da República Federativa do Brasil.*

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Departamento Penitenciário Nacional*. Brasília, 2020.

BRASIL. *Lei de execução Penal*. Lei no 7210 de 11 de julho de 1984 Brito, Alexis Augusto Couto de. *Execução penal*. P. 95. Saraiva Educação SA, 2020.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal* - 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?*. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA- FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública.* Edição XIV. São Paulo, 2020.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 2004.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio Contínua PNAD - 2012/2019*. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 29 de março de 2021.

INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Depen, MJSP, 2020.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, George. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Curitiba: Tirant Lo Blanch, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido,2019.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de janeiro: Revan, 2001.