XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

AIRTO CHAVES JUNIOR

Copyright © 2022 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Airto Chaves Junior; Gabriel Antinolfi Divan; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-638-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A miríade de trabalhos e a profusão de temas ora apresentada é sensível e qualificada, fazendo deste volume uma representação material da riqueza dos debates que foram proferidos na tarde do dia 08 de dezembro de 2022, no Campus Balneário Camboriú, da UNIVALI-SC, que marcou (após os dois anos da impossibilidade de eventos presenciais dada a pandemia da COVID-19), uma retomada histórica dos encontros do CONPEDI, em sua XXIX edição.

Os debates transcorreram de forma profícua a partir de blocos de apresentações sucedidas por discussões e troca intensa de questionamentos e informações sobre os trabalhos apresentados. Aqui, na sequência de textos ora publicados, um extrato do que se viu no Grupo de Trabalho e na quantidade de temas abordados, dotados de um inegável fio de diálogo que permeia os próprios.

Rodrigo Rosa Borba, Frederik Bacellar Ribeiro e Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, da Universidade Federal do Maranhão, contribuíram com a discussão de um debate crítico sobre a dogmática penal referente aos crimes de corrupção e a atuação dos órgãos administrativos de controle que trabalham no combate a este mal no Brasil, à luz da Constituição Federal de 1988 no trabalho intitulado Direito penal e crimes de corrupção: análise sobre a necessidade de autonomia dos órgãos administrativos de controle.

Frederik Bacellar Ribeiro e Roberto Carvalho Veloso trazem, no trabalho nomeado A inquisição resistente e a consolidação do sistema acusatório brasileiro uma discussão focalizada em estudar uma caracterização de sistema acusatório moderno, para confrontar os princípios formadores do sistema penal acusatório com decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), representativas de temas sensíveis, cuidadosamente selecionados, que permitam interpretar de forma metodológica a realidade do sistema penal, sob um viés crítico.

Da Universidade Federal do Maranhão, também, expõem Roberto Carvalho Veloso e Walter Carlito Rocha Júnior, as questões do trabalho intitulado O complexo de Sherlock Holmes e a investigação criminal defensiva no brasil que versa sobre a investigação criminal defensiva a partir de uma perspectiva de que o país caminha para um estado policialesco que não se

coaduna com o Estado Democrático de Direito nem com o direito à liberdade em sua plenitude, posto que a liberdade que se tem é vigiada.

O trabalho intitulado O tráfico de drogas praticado por mulheres: a redução dos índices de criminalidade e a influência da justiça restaurativa é trazido por Taís Do Amaral De Aguiar e Josiane Petry Faria, da Universidade de Passo Fundo-RS, investigando o envolvimento criminoso de mulheres, bem como o aumento desproporcional da criminalidade feminina, principalmente relacionada ao crime de drogas.

Da Unicuritiba-PR, Marine Morbini Durante traz o trabalho denominado Em que medida o direito penal econômico pode servir de freio ao capitalismo de compadrio? que busca responder a pergunta-título defendendo a necessidade de uma mudança cultural onde se possa afastar ideias que reverberam no patrimonialismo e na desigualdade, típicas de um Estado de compadrio, visto que o Direito Penal não educa a sociedade, ou seja, as mudanças precisam ser estruturais, e não somente através do poder punitivo estatal.

Jacqueline Orofino Da Silva Zago De Oliveira, da UNICEUB-DF, colabora com o trabalho denominado O processo penal acusatório, a imparcialidade do juiz e o inquérito das fake news, onde vão investigadas as características do processo penal inquisitório e acusatório, bem como analisar as peculiaridades do juiz de garantias e do poder instrutório do juiz para, posteriormente, examinar se a maneira como foi instaurado e é conduzido o inquérito n.º 4.781, pelo Supremo Tribunal Federal, é condizente com a estrutura acusatória do processo penal e com a imparcialidade do juiz.

No texto intitulado O sistema penitenciário brasileiro e o princípio constitucional da intranscendência da pena: o cárcere, a família e o direito constitucional - um apenamento compartilhado?, Luan Fernando Dias da UNICHAPECÓ-SC investiga a (in)transcendência da pena, e os diversos desdobramentos dela para os familiares dos apenados. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro garanta, através de diversos dispositivos, a proteção aos terceiros estranhos ao crime, especialmente o núcleo familiar do apenado, é quase sempre atingido pelo crime e pela pena, mesmo não tendo de nenhuma forma dado causa ao ilícito penal.

O trabalho trazido por Hevelin Franco Ferreira da Unilasalle-RS, denominado Requisito objetivo para a concessão da prisão domiciliar diante da alteração do artigo 318 do CPP pelo artigo 2º da lei 13.769/2018, trata sobre o requisito para a concessão da prisão domiciliar após a alteração do artigo 318 do Código Penal, promovida pela edição da Lei nº 13.769. Procura identificar os entendimentos recentes dos Tribunais sobre a maternidade e à privação

de liberdade das mulheres no contexto de possibilidade de concessão de prisão domiciliar, apontando que a edição da alteração legislativa em questão provocou mudanças significativas que requerem especial atenção por parte do julgador, sobretudo quanto à questão da inadequação carcerária frente à população feminina como clientela.

O trabalho Revisitando a proteção do bem jurídico na pós-modernidade de autoria de Pedro Gabriel Cardoso Passos, da UNIVALI-SC, traz conceitos como sociedade de risco, insegurança na pós-modernidade, proteção dos novos valores sociais, e a forma como esses retratam cada vez mais a realidade. Aponta para considerarmos que a utilização do Direito Penal como única ou primeira forma de controle social, viola direitos fundamentais como a ampla defesa, e vai de encontro ao princípio da intervenção mínima.

Marina Calanca Servo, Simone Tavares de Andrade da USP/Ribeirão Preto-SP e Walter Francisco Sampaio Neto, colaboram com o texto denominado Seletividade no cômputo em dobro da pena em situação degradante: uma análise das exceções à luz da vedação da proteção insuficiente e da efetividade da pena privativa de liberdade. Nele vai analisada a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 136.961, que concedeu o cômputo em dobro do cumprimento da pena diante das condições inadequadas e da superlotação no estabelecimento prisional. A decisão em comento, ao permitir a contagem da pena em dobro, mostra-se proporcional ao excepcionar os crimes graves, sendo que todos os detentos suportavam as mesmas condições? A resposta passa por confrontar o tema pela via do princípio da vedação da proteção insuficiente e efetividade da pena.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha da Universidade Veiga de Almeida-RJ, contribui com o artigo Tribunal do júri: o poder de persuasão de massa pela mídia e suas consequências. Os estudos aqui elaborados foram aprofundados nas diversas formas e técnicas de influências utilizadas pela mídia, situação esta que do ponto de vista de muitos juristas e doutrinadores, gera veiculação de fatos relatados ultrapassando os limites da ética. A abordagem do tema é descritiva a partir de fontes disponíveis descritas, levando a uma discussão que bebe de fontes filosófico-aristotélicas para o enfrentamento do problema.

Os coordenadores do Grupo também figuraram como autores e coautores de trabalhos que foram debatidos e acompanham igualmente o presente volume.

Airto Chaves Junior juntamente com Anna Kleine Neves, da UNIVALI-SC, trazem o artigo intitulado O direito à morte digna como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como objeto a análise do direito à morte digna como decorrência do Princípio

da Dignidade da Pessoa Humana, e o objetivo de compreender que assim como o direito à vida é um direito fundamental, garantido e previsto na Ordem Constitucional brasileira, o direito à morte digna deve ser analisado juridicamente no mesmo fundamento. Busca fomentar o debate sobre a regulamentação da eutanásia, do homicídio consentido e do suicídio assistido no Brasil, quando a própria pessoa, estando esta capaz de seus atos, não tem meios para fazê-lo.

O texto denominado Tempo e processo: determinação e consequências da indevida dilação do prazo na persecução penal escrito por Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua, da UNIVALI-SC, indaga em que medida o Processo Penal intervém sensivelmente no âmbito dos Direitos Fundamentais do investigado/acusado (que é presumidamente inocente), quais as consequências da indevida dilação do prazo razoável no Processo Penal? Exibe os objetivos de tratar o prazo como condição de tempo posta em exercício de uma determinada atividade processual, verificar se há um limite temporal para o exercício do Poder Punitivo expressado na persecução penal e diagnosticar possíveis consequências da dilação indevida desse prazo.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Pablo Augusto Gomes Mello, da Escola Superior Dom Helder Câmara-MG, contribuem com o texto denominado Considerações sobre o crime lavagem de dinheiro por meio de obras de arte onde mantêm foco inicial no conceito de lavagem de dinheiro, abordando todos os aspectos acerca das etapas do crime, para posteriormente passar ao estudo das obras de arte e seu conceito no decorrer da história. Em seguida, os estudos serão direcionados ao crime envolvendo as obras de arte, como identificar tais delitos e suas características.

Também da Escola Superior Dom Helder Câmara-MG, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e João Victor Baptista Magnavita exibem o trabalho intitulado Possibilidade de responsabilização criminal do compliance officer em infrações criminais ambientais frente à dificuldade de penalização da criminalidade corporativa, onde indagam sobre a possibilidade de responsabilização criminal ambiental do Compliance Officer dentro da realidade da dinâmica empresarial, dado que sua posição pretensa é a de evitar a ocorrência de determinados delitos a depender de seu contrato de trabalho, relativo a um plano de governança corporativa que busca o comprometimento interno para com os ditames éticos e legais postos pelo código de conduta de certa corporação.

Gabriel Antinolfi Divan, da Universidade de Passo Fundo-RS colabora com o trabalho intitulado Poderes instrutórios judiciais e conceito político de prova: acepções de trabalho com o alcance normativo do artigo 3º-a do CPP em hipóteses preliminares onde vão

discutidas possíveis bases de interpretação do que passou a figurar no texto do Código de Processo Penal Brasileiro (a partir das mudanças promovidas pela Lei n. 13.964/2019) como a constância de um sistema processual-penal acusatório. A premissa central é a de que a gestão da prova processual, sua valoração e mecânicas atinentes, bem como o próprio conceito de prova, passam por uma filtragem de escolha política que escapa à noção usual, devendo ser, a consequente visão do sistema acusatório ora positivado, lastreada nesse fator.

A contribuição dada a partir dos debates cujo extrato e fundamento principal vêm aqui exibidos em seu teor total e mais detido é inestimável, e representa inclusive uma retomada esperançosa dos frutíferos momentos de troca e confraternização que só ampliam e qualificam a pesquisa. É o que os coordenadores esperam refletir, ainda que em parte, com a leitura que ora se apresenta.

Balneário Camboriú/SC, primavera de 2022.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Escola Superior Dom Helder Câmara-MG)

lgribeirobh@gmail.com

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo-RS)

divan.gabriel@gmail.com

Prof. Dr. Airto Chaves Junior (PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí)

oduno@hotmail.com

SELETIVIDADE NO CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA EM SITUAÇÃO DEGRADANTE: UMA ANÁLISE DAS EXCEÇÕES À LUZ DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DA EFETIVIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

SELECTIVITY IN THE DOUBLE COMPUTATION OF THE PENALTY: AN ANALYSIS OF THE EXCEPTIONS IN THE FACE OF THE PROHIBITION OF INSUFFICIENT PROTECTION AND THE EFFECTIVENESS OF THE CUSTODIAL SENTENCE

Marina Calanca Servo [1]
Simone Tavares de Andrade [2]
Walter Francisco Sampaio Neto [3]

Resumo

A presente pesquisa analisa a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 136.961, que concedeu o cômputo em dobro do cumprimento da pena diante das condições inadequadas e da superlotação no estabelecimento prisional. A pergunta norteadora pode ser traduzida em: a decisão do STJ, ao permitir a contagem da pena em dobro, mostra-se proporcional ao excepcionar os crimes graves, sendo que todos os detentos suportavam as mesmas condições? Assim, o estudo objetiva analisar a os fundamentos da decisão proferida e a determinação de condições mais restritas justificada pelo princípio da vedação da proteção insuficiente e efetividade da pena, a depender do crime ao que o réu foi condenado. A metodologia utilizada foi o levantamento bibliográfico. Este trabalho possui três capítulos. O primeiro refere-se à situação degradante e os seus laços com a decisão. O segundo trata do sistema progressivo e das finalidades da pena e o último apresenta a discussão da efetividade e a vedação da proteção insuficiente. Por fim, concluiu-se que as exceções ou condições mais restritas a aplicação do cômputo da pena em dobro mostra-se desproporcionais e violam a isonomia. Caberia ao Estado ampliar a proteção conferida pela CIDH, aplicando o cômputo a todos os detentos que estavam (ou estão) no mesmo estabelecimento prisional, enquanto tiverem que suportar as mesmas condições, devendo interpretar da maneira mais favorável aos detentos.

---

[1] Mestra em Direito pela FDRP/USP. Pós-graduada em Direito e Processual Penal. Docente. Integrante do Grupo de pesquisas GEDTRAB e líder do sub-grupo sobre Meio Ambiente do Trabalho do GEDTRAB

[2] Mestranda em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Membro dos grupos de pesquisas: NTDAT FD/USP, GEDTRAB-FDRP /USP e GPCeT/UNAERP.

[3] Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Centro Universitário Amparense, graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga. Docente no Centro Universitário de Votuporanga – UNIFEV. Advogado.

Palavras-chave: Habeas corpus nº 136.961, Cômputo em dobro da pena, Execução penal, Sistema penitenciário, Condições degradantes no cumprimento da pena

Abstract/Resumen/Résumé

This research analyzes the decision of the Superior Court of Justice in the trial of Habeas Corpus Nº. 136.961, which granted the double counting of the sentence in the face of inadequate conditions and overcrowding in prisons. The guiding question can be translated as follows: does the STJ decision, by allowing the double counting of the sentence, show itself to be proportional by making an exception for serious crimes, when all the detainees had to endure the same conditions? Thus, the study aims to analyze the grounds of the decision and the determination of more restrictive conditions justified by the principle of prohibition of insufficient protection and effectiveness of the penalty, depending on the crime to which the defendant was convicted. The methodology used was a bibliographical survey. This work has three chapters. The first refers to the degrading situation and its links to the decision. The second deals with the progressive system and the purposes of the penalty and the last one presents the discussion of effectiveness and the prohibition of insufficient protection. Finally, it was concluded that the exceptions or more restrictive conditions for the application of the double sentence are disproportionate and violate isonomy. It would be up to the State to extend the protection conferred by the IACHR, applying the calculation to all detainees who were (or are) in the same prison establishment, as long as they have to endure the same conditions, and should interpret in the most favorable way for detainees.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Habeas corpus nº. 136.961, Double calculation of sentence, Penal execution, Penitentiary system, Degrading conditions in serving the sentence

1 INTRODUÇÃO

Ao abordar as finalidades da sanção penal, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a Teoria Eclética, que consiste na junção das funções repressiva, preventiva e de ressocialização e a Teoria Progressiva, no que condiz a sua execução. Nesse sentido, ao ser imposta a pena privativa de liberdade a um condenado, ela deve ser cumprida de conforme o sistema progressivo e atender os critérios definidos na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que consiste na existência de cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, assim como locais que capazes de preencher como requisitos básicos como salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e área mínima de 6,00m^2 (seis metros quadrados)[1].

Entretanto, a realidade do sistema carcerário brasileiro é completamente diversa. Entre 2011 a 2021 havia, uma média nacional de 66% a mais de pessoas presas do que vagas existentes, com um estopim em 2015, ano em que registrou quase duas pessoas por vaga. No mesmo período, o número de presos por 100 mil habitantes subiu 20,3% e, tal contexto se torna ainda mais gravoso, posto que, mesmo com número insuficiente de vagas nas penitenciárias brasileiras, o país continua mantendo a tendência de prender cada vez mais.

Outro ponto que merece destaque, além da superlotação carcerária, são as condições desumanas existentes nas penitenciárias brasileiras, as quais apresentam uma série de violações do ordenamento jurídico pátrio, afrontando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF).

Nessa linha de intelecção, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC) liderou o ranking com o maior número de mortes em estabelecimento prisional, por intermédio de condições inadequadas e da superlotação. Nessa seara, ocorreram 56 mortes entre 2016 e o primeiro trimestre de 2018, sendo, em sua grande maioria, classificadas como decorrentes de doença ou motivo não informado, situação que evidencia o risco à integridade física e a própria vida dos detentos que cumpriam pena no local.

Diante desse exposto e da condição desumana oriunda do sistema carcerário, no qual os detentos são submetidos, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão determinando a contagem da pena em dobro, em benefício dessas pessoas que cumpriam pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), complexo Prisional de Gericinó em Bangu

[1] Artigo 88: O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

na Zona Oeste do Estado. Tal decisão, considerada peculiar e relevante, será objeto de estudo deste presente trabalho.

Em arcabouço analítico, ao proferir a decisão, concedendo a contagem em dobro da pena, o Tribunal excepcionou alguns casos que consistem nos condenados por crimes contra a vida ou a integridade física e de crimes sexuais. Essa exceção é justificada no princípio da individualização da pena e na vedação da proteção insuficiente e, por essa razão, tornou-se o tema deste trabalho, diante do seguinte questionamento: a decisão do STJ ao permitir a contagem da pena em dobro, diante das condições do estabelecimento prisional, mostra-se proporcional excepcionar casos de detentos que também cumpriam a pena no mesmo local? A exceção ou a imposição de condições acarreta efetivação das finalidades repressivas e preventivas da sanção penal?

Sob esse viés, a presente pesquisa objetiva analisar a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 136.961 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual permite o cômputo em dobro do cumprimento da pena, exceto nos crimes considerados graves e, especificamente, entender o fundamento da aplicação da decisão e da exceção à aplicação a determinados crimes, posto que todos os detentos estão no mesmo estabelecimento prisional e, por consequência, incidem nas mesmas condições.

Ainda nesse escopo, este estudo pautou-se pela observância metodológica da pesquisa documental e doutrinária, assim como se utilizou do método bibliográfico para alcançar algumas conclusões hipotéticas dedutivas sobre o tema, com o fito de fomentar a discussão sobre o aludido assunto. Para tanto, esse trabalho perpassa por capítulos que venham apresentar, de maneira mais detalhada, o eixo temático do estudo. Por começar, o seu primeiro capítulo trata da situação degradante como fundamento para o cômputo da pena em dobro, posteriormente, analisa o sistema progressivo perante a Teoria Eclética da pena e, por fim, em terceiro e último é apresentada a discussão da efetividade das finalidades da pena e a vedação da proteção insuficiente.

Nesse prisma, esta pesquisa se justifica, pois apresentar um estudo mais aprofundado acerca da decisão do *Habeas Corpus* (HC) nº 136.961 pode contribuir com demais estudiosos sobre o tema e corroborar com pesquisadores que objetivam minimizar os efeitos da superlotação carcerária e das condições desumanas existentes nas penitenciárias brasileiras.

2 SITUAÇÃO DEGRADANTE COMO FUNDAMENTO PARA O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA

O *Habeas Corpus* (HC) nº 136.961 foi impetrado por Osmar Oliveira de Souza em face do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), em favor dos apenados do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), complexo Prisional de Gericinó em Bangu na Zona Oeste do Estado, requerendo que fosse realizado o cômputo em dobro todo o período da pena cumprida em situação degradante e desumana, não possui condições mínimas de sobrevivência devido à falta de saneamento básico, alimentação, higienização e assistência médica.

A denúncia realizada à Comissão Internacional de Direitos Humanos veio da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DP-RJ), vez que o complexo não possuía espaço físico suficiente para comportar a quantidade de presos, além da falta de saneamento básico, alimentos, remédios, produtos de higiene e assistência médica aos presos. Ainda, a unidade foi objeto de várias inspeções realizadas pela Corte (CIDH), essas culminaram na Resolução CIDH em 2018, a qual proibiu o ingresso de novos presos na unidade e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no complexo (AGUIAR et al., 2021).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos obteve conhecimento da questão em que se encontra o lugar em razão de uma denúncia realizada em março de 2016, pela DP-RJ. Depois do acolhimento da referida denúncia, mais especificamente no mês de junho do referido ano, a Comissão "determinou à União que desenvolvesse medidas para solucionar a superlotação e demais problemas estruturais do Instituto, mas o governo brasileiro não atendeu a decisão. Com o descumprimento, o caso foi levado à Corte Interamericana" (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2017, p. 2). Logo, em virtude desse descumprimento, o caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), uma instituição judiciária autônoma, que objetiva aplicar e interpretar as normas ditadas pela CADH.

Cabe salientar que a CADH, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto San José da Costa Rica, é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos, aprovado 1969, dispõe de uma série de direitos e deveres a respeito das condições dos estabelecimentos prisionais, dentre elas, que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A Corte, ao deparar com a questão, determinou recolhimento de documentos e um deles foi as inspeções realizadas pelo Núcleo do Sistema Penitenciária da DPRJ. Após isso, foi descoberto que antes do caso ser levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a penitenciária, em 23 de janeiro de 2016, "tinha capacidade para 1.699 internos, mas 3.454 pessoas se encontram no estabelecimento. O índice de superlotação

registrado na época foi de 198%. Em 2014 e 2015, foram registradas as mortes de 31 internos por problemas decorrentes da superlotação" (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2017, p. 4).

Ainda em uma retomada à decisão da Corte e perante o advento do Decreto n° 4.463/02, a CIDH obteve o reconhecimento da competência obrigatória de suas decisões, sob a reserva de reciprocidade, segundo o artigo 62 da CADH[2]. Tal reconhecimento, de pleno direito, por prazo indeterminado, com eficácia vinculante às partes processuais, inclusive, sem meios cabíveis que elas revisem, resultou na obrigatoriedade do cumprimento de decisões a todos os órgãos e poderes internos do país. Desse modo, decisões, mormente, as sentenças proferidas pela Corte (CIDH) possuem eficácia vinculante aos Estados, possuidores de relações processuais.

Em outros dizeres e segundo o contexto da temática já apresentada, caso ocorra o descumprimento da sentença por parte de um Estado-parte, a Corte poderá acionar a Assembleia Geral da Organização, para que esta possa analisar e, posteriormente, emitir recomendações. Tais recomendações auxiliam os Estados no cumprimento das exigências, na reparação de danos e, principalmente, na cessação das violações dos direitos humanos.

Alinhado à ideia anterior e com base no princípio internacional do *Pacta Sunt Servanda*, a CIDH é a responsável pela supervisão do cumprimento de sentença, podendo, até mesmo, solicitar dados e informações do Estado-parte, quando considerar prudente. Em corroboração, Verdross assevera que (2013, p. 7-22)

> O princípio *pacta sunt servanda* é a própria base do direito internacional positivo. A fidelidade a manter naquilo que se prometeu é o fundamento não somente de todo Estado particular, mas também dessa grande sociedade de nações. (....) Se reconhecemos que a regra pacta sunt servanda é superior à vontade dos Estados, é fácil demonstrar que as cláusulas estabelecidas entre os Estados em virtude dessa regra lhes são igualmente superordenadas, porque a norma pacta sunt servanda obriga os Estados a se conformarem às regras criadas pelo acordo entre eles. Esse acordo pode produzir-se seja por um tratado expresso, seja por uma convenção tácita das nações, isto é, por atos

[2] Artigo 62. 1.Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2.A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

> concluídos pelos quais os Estados participantes deixam entrever que querem estar vinculados de uma determinada maneira.

Nesse diapasão, os Estados-parte devem cumprir suas obrigações e deveres, com boa-fé, assumindo responsabilidades perante toda a comunidade internacional. Faz-se necessário mencionar que esse princípio internacional impede com que os Estados se isentam de suas responsabilidades e de suas obrigações internacionais, consequentemente, faz com que eles agem em consonância com as resoluções e os documentos internacionais (artigo 26 da CADH[3])

No ínterim da Resolução proferida em 2018 pela CIDH, a qual proibiu o ingresso de novos presos na unidade e fez com que o cômputo fosse determinado no tempo de dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no complexo, os condenados por crimes contra a vida ou integridade física e crimes sexuais que cumprem pena na unidade não terão contagem aplicada, cabendo ao Estado a organização de uma equipe criminológica de profissionais, incluindo psicólogos e assistentes sociais, a fim de avaliar o prognóstico de conduta destes indivíduos. Deve ser avaliado as indicações de agressividade para decidir, assim, a conveniência ou não da aplicação do cômputo em dobro da pena, no prazo de quatro meses após a publicação do acórdão proferido definindo a sentença.

A determinação da contagem do dobro da pena cumprida no complexo determinada pelo acórdão deverá valer sobre a totalidade da pena cumprida nas condições degradantes, proporcionando ao apenado o cumprimento necessário que alcançará a progressão do benefício ou regime do livramento condicional. As inspeções realizadas pelo Núcleo do Sistema Penitenciário da DPRJ expuseram as péssimas condições da prisão, e, com base nos dados, cerca de 70 presos morreram devido a problemas de saúde e superlotação entre os anos de 2014 e 2016.

Nesse prisma, é ressaltado a emergência e adoção de medidas que irão melhorar as condições das unidades prisionais do abrasileirado, ressaltando que o Instituto (IPPSC-RJ) não é o único que encontra em condições de precariedade, desumanidade e superlotação. O sistema penal brasileiro encontra-se em má estruturação, com seletividade do sistema e aplicado também na execução da pena, conforme mencionado por Bruna Beliffo (2011, n. p.).

> [...] seus segmentos não atuam em sintonia, bem como o discurso que o legitima nada tem a ver com seu *modus operandi*. Outrossim, em lugar de

[3] Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

> prevenir o crime (teorias preventivas) ele é um sistema condicionante (teoria do etiquetamento) e, no que concerne ao tratamento dado ao crime/criminoso, o Sistema Penal não consegue sustentar seus fundamentos. Revela-se, então, uma inviabilidade de alcançar a todos da mesma forma, para tanto o principal caminho encontrado pelos seus segmentos é a seletividade.

Apesar da decisão ser benéfica e valorizar a dignidade humana, os condenados por crimes contra a vida ou integridade física e crimes sexuais foram exceções da contagem em dobro, o que gerou questionamento sobre a tutela, se dá dignidade aos detentos diante da situação penitenciária ou em razão de maior preocupação com as finalidades repressivas e preventivas da sanção penal.

3 A ADOÇÃO DO SISTEMA PROGRESSIVO E A TEORIA ECLÉTICA A REGER A EXECUÇÃO E FINALIDADES DA PENA NO BRASIL

O Direito Penal possui um caráter fragmentário e subsidiário, cujo objeto de trabalho é aplicação da pena, com o fim de que sejam coibidos novos atos lesivos ao indivíduo e à sociedade, bem como repreendida a prática, de modo que a pena assume um caráter de reação do Estado à violência do cidadão contra seu igual ou contra a sociedade, diante dos ataques mais graves praticados.

Por isso, o legislador, ao escolher quais condutas devem ser criminalizadas, deve sopesar a real existência de merecimento da pena, conforme o bem jurídico albergado, se merecedor de dignidade penal e se a conduta do agressor ofende de forma considerável, a ponto de haver necessidade do amparo penal e encarceramento, tendo em vista que a intervenção penal é uma violência à liberdade do indivíduo e deve ser restrita a situações de extrema necessidade, ou seja, apenas onde os demais ramos do direito não se mostrarem como suficientes (SERVO; ROQUE, 2020).

Em corroboração a esse contexto, o Código Penal passou a prever que a pena deve ser fixada, considerando a dupla função, assim como devendo ser suficiente para reprovar e prevenir novas práticas criminosas. No mesmo norte, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), dispõe que a sentença condenatória (ou absolutória imprópria), deve propiciar condições para reintegração social do condenado ou do internado, com a concessão de assistência ao preso, visando prevenir o crime e orientar o retorno à sociedade. Outrossim, evidenciou a adoção da ressocialização, além da necessária prevenção e retribuição, como finalidades da pena, consistindo, de fato, na denominada teoria “mista”, junção das correntes

absoluta (que determina o caráter punitivo da pena) e relativa, pela qual a pena encontra o caráter inibitório às novas práticas, seja à sociedade ou ao próprio indivíduo que violou a lei.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao apresentar, dentre as finalidades da pena, a retribuição, bem como a prevenção, demonstrou a adoção da corrente eclética, também denominada de mista ou unificadora.

No que condiz aos sistemas penitenciários, foi adotado o Sistema Progressivo, que tem como essência que seja retomado o convívio em sociedade, com a progressão para regime menos gravoso, estimulando um bom comportamento por parte do detento (BITENCOURT, 2011), considerada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação da progressão de regime, inclusive para crimes hediondos (Súmula Vinculante 26 do STF)[4].

Assim, tendo sido adotado o sistema mais coerente com as finalidades da pena previstas Código Penal e harmonioso com princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna, se mostraria injustificável o questionamento a respeito da eficácia do sistema, ao menos no aspecto teórico.

Entretanto, a realidade é diversa. A superlotação carcerária e a ausência de condições adequadas e previstas para o cumprimento da pena influenciam, diretamente, na possibilidade de atingir os objetivos estabelecidos pela legislação.

Além disso, trata-se de senso comum que o Direito Penal consegue resolver os problemas da criminalidade mediante penas mais duras e de uma maior intervenção estatal na vida dos indivíduos, tema incitado pela mídia, que afirma a necessidade de resolução de conflitos por meio da penalização, gerando uma falsa ideia de que o Direito Penal seria a solução imediata para todos os conflitos, acarretando, porém, no afogamento do sistema carcerário e em riscos para detentos, agentes e sobretudo para a sociedade (SERVO; ROQUE, 2020).

3 EXCEÇÕES AO CÔMPUTO EM DOBRO: DAS FINALIDADES À EFETIVIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A lotação carcerária tanto é reconhecida que constitui em um dos pilares de atuação do programa coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a parceria do Programa

[4] SÚMULA VINCULANTE 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com aporte do Ministério da Justiça e Segurança Pública, para incidir em desafios históricos no campo da privação de liberdade. Segundo dados divulgados pelo CNJ (BRASIL, 2022, p. 1), entre 2011 e 2021 havia,

> em média, cerca de 66% mais presos do que vagas existentes com pico de quase duas pessoas por vaga em 2015. No mesmo período, o número de pessoas presas por 100 mil habitantes subiu 20,3%. (...) Apontada como solução possível, a construção de vagas é onerosa e sobrecarrega ainda mais o custeio do sistema prisional para os governos estaduais e distrital. A fatia crescente de orçamento para manter prisões poderia ser aplicada em saúde, educação, moradia e outras políticas de cidadania com o objetivo de não deixar ninguém para trás, segundo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas.

Da mesma forma que um leito de hospital não pode ser preenchido por duas pessoas, uma vaga na penitenciária não pode ser ocupada por dois detentos, sendo essencial que o número limite de reclusos seja correto e proporcional ao limite de vagas.

No instituto penal Plácido de Sá Carvalho, a situação era ainda mais alarmante. Segundo as inspeções realizadas pelo Núcleo do Sistema Penitenciário da DPRJ, que constam na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017, p. 02),

> Em 23 de janeiro de 2017, o IPPSC tinha capacidade para 1.699 internos e albergava a 3.454 pessoas, representando uma superlotação de 198%. Em 2014, 2.850 pessoas estavam detidas nesse centro penitenciário. No mês de novembro de 2014, a cifra aumentou para 3.144 detidos. No início do ano 2016, havia 3.478 detidos. Em dezembro de 2016, foram registradas 3.367 pessoas. Em virtude da superlotação, os detidos permanecem por mais de 14 horas do dia em suas celas, e mais da metade das pessoas dormem no chão, umas coladas às outras. Caso à noite necessitem ir ao banheiro, caminham por cima de seus companheiros, ou usam sacolas plásticas.

Foram destacadas ainda as condições desumanas diante da ausência de vasos sanitários, substituídos por buracos no chão, que os restos de comida são armazenados no banheiro, provocando o surgimento de ratos, percevejos, carrapatos e outras pragas, que ficam no piso onde dorme uma grande quantidade dos detidos. Além disso, o alto índice de superlotação acabou por acarretar redução drástica da quantidade de água disponível para consumo humano, fazendo com que os detentos armazenassem água “em sacolas plásticas e outros recipientes não apropriados”, bem como “a propagação de enfermidades contagiosas, de pele e outras patologias”, sem que houvesse sequer a previsão necessária para separar as pessoas com enfermidades infectocontagiosas do resto da população carcerária (2017, p. 02).

Entretanto, ao determinar o cômputo em dobro da pena, a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018, p. 24-25) excepcionou os crimes praticados contra a vida ou a integridade física, e até mesmo os crimes sexuais (itens 128 e 129), da mesma forma, ao proferir manifestação no *Habeas Corpus n.* 660332 - RJ (2021/0114371-5), o Subprocurador-Geral da República Nívio de Freitas Silva (BRASIL, 2021, p. 07) ressaltou que

> considerando-se que a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos excepcionou os crimes praticados contra a vida ou a integridade física, e até mesmo os crimes sexuais, não se deve aplicar maior extensão ao quanto decidido pela Corte, para então se englobar também essas situações na contagem em dobro, sob pena de contrariedade aos princípios da legalidade, da individualização da pena e da vedação de proteção deficiente.

Já o Ministro Sebastião Reis Júnior (BRASIL, 2021, p. 11), ao proferir o voto, não abordou a negativa em razão dos tipos penais imputados, afirmando a necessidade, segundo a Resolução da CIDH, da "perícia criminológica realizada por uma equipe de, no mínimo, três profissionais, constituída especialmente por psicólogos e assistentes sociais (...), de comprovada experiência e adequada formação acadêmica, não sendo suficiente o parecer de um único profissional" e, "com base nas afirmações/conclusões constantes dessa prova, é que caberá, exclusivamente, ao Juízo das execuções a análise da possibilidade ou não da redução de 50% do tempo real de privação de liberdade, ou se a redução deve ser abreviada em medida inferior a 50%".

Nota-se que o voto reproduziu a condição mais restrita de acordo com o crime praticado, facultando ao juízo a aplicação do benefício. Porém, nenhuma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser julgada para suprimir direitos humanos.

Se a decisão foi fundamentada nas condições inadequadas e desumanas na penitenciária, o estabelecimento de critérios mais rígidos para aplicação do cômputo da pena não se sustenta, considerando que todos os detentos cumprem a pena no mesmo estabelecimento, ainda que as imputações sejam por crimes diversos.

Ao dispor da exceção é justificável diante do "risco os direitos e os bens jurídicos do restante da população, porque gera, em alguma medida, um efeito reprodutor de criminalidade" (RCIADH, 2018, p. 24), tem-se a menção ao princípio da vedação da proteção insuficiente, que se encontra na máxima da proporcionalidade e merece ser investigado.

Em seu âmbito de atuação, o legislador está vinculado aos interesses materialmente determinados pela Constituição, que dirige a lei e a atuação estatal, estabelecendo critérios concretos para a execução de suas metas de transformação social, cabendo, ao Estado, protegê-

los das violações dos bens fundamentais, inclusive por intermédio da intervenção penal (MORAES, 2014).

A máxima da proporcionalidade surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, no controle das leis restritivas de direitos fundamentais, com estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2006), decorrente da própria essência dos direitos fundamentais (FELDENS, 2012).

A mencionada regra (ou princípio, para aqueles que, assim, o defendem) não se encontra explícita na Constituição Federal brasileira, mas sua aplicação é uma ferramenta inarredável de hermenêutica jurídica, sobretudo quando se trata de restrição a bens e a direitos fundamentais, tendo em vista a exigência de cumprimento, por parte do legislador, de etapas específicas de análise, gerando a submissão do ato estatal a uma espécie de teste racionalmente definido com um procedimento que se pretende controlável publicamente (SILVEIRA; OLIVEIRA, 2015).

No que condiz à proporcionalidade na intervenção, ambos os aspectos da tutela de um direito fundamental devem ser analisados: proibições de intervenção, que expressam a proibição do excesso e, também, as proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela. Isso gera a observância de um padrão de proteção constitucionalmente adequado, tanto no caráter preventivo quanto repressivo (MENDES; BRANCO, 2018), com o fito de assegurar a proteção de um bem fundamental de modo minimamente eficaz.

Assim, é importante diferenciar o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. Para os autores acima mencionados (MENDES; BRANCO, 2018, p. 750-751),

> no primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais, como imperativos de tutela (Canaris), imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

O princípio da vedação à proteção deficiente ou insuficiente pode ser apresentado como um critério com bases constitucionais que, como aspecto positivo do princípio da proporcionalidade, atua como parâmetro de controle das omissões (ou deficiências) estatais,

revelando-se na propriedade que os imperativos de tutela possuem de não permitir que a proteção dos direitos fundamentais esteja aquém do mínimo necessário para ser efetiva. Assim, apesar da ordem constitucional conferir, ao legislador, margens de ação para definir quais medidas devem ser adotadas para a tutela penal dos bens jurídicos fundamentais, o mesmo deve ser regido pela proporcionalidade (SERVO, 2020).

Luciano Feldens (2012) ressalta que a proibição da proteção insuficiente adquire importância nos casos em que o Estado não puder abdicar da proteção do Direito Penal para garantir a proteção de um direito fundamental, sugerindo, o autor, que essa infraproteção pode ser diagnosticada a partir de uma análise conglobada entre a faticidade e a normatividade.

Sendo assim, considerando que, por um lado, tem-se a necessidade de tutela da dignidade do detento, que legalmente somente pode ter restringido o direito à liberdade, diante das condições inadequadas do estabelecimento prisional, colocando em risco a integridade física e a própria vida do réu e, por outro lado, a necessidade de tutela (repressiva e preventiva) do bem jurídico já anteriormente violado pela prática criminosa, que exige a resposta penal adequada.

Ana Elisa Bechara (2010, p. 22), explica que o Direito Penal tem relação ambígua com a sociedade – tensão antinômica entre dois polos:

> sanção penal, que atinge direitos fundamentais do indivíduo, inclusive, em último caso, sua liberdade. De outra perspectiva, o sistema penal exerce também uma função de proteção dos direitos fundamentais por meio da incriminação de comportamentos, no contexto de movimento duplo de afirmação positiva de valores e atribuição de sentido delitivo à sua transgressão, tudo com o fim último de resguardar a segurança da convivência social".

Ao fundamentar a ausência do cômputo em dobro da pena no princípio da vedação da proteção insuficiente, tem-se, de forma indireta, a afirmação da prevalência da tutela da vítima e na necessidade de efetivar as finalidades preventiva, repressiva e ressocilizatória da pena. Para Ana Elisa Bechara (2010, p. 23), "proibir, por meio da imposição da pena, constitui, assim, um fato político, vale dizer, um meio público para a compreensão normativa acerca dos interesses sociais fundamentais, bem como da fronteira das liberdades individuais".

Apesar de ter-se acreditado, na dinâmica do século XIX, que a pena privativa de liberdade seria o grande trunfo para a reforma do delinquente, este pensamento já não vigora no período atual, em que as esperanças depositadas na prisão tradicional já não satisfazem as expectativas (SERVO; ROQUE, 2020).

Para Francesco Carnelutti (2015), o restabelecimento da ordem, mediante a pena, não tem mais do que um significado formal ou, em outros termos, a ordem seria entendida como um valor puramente externo ou finito. No mesmo sentido, Antônio Garcia – Pablos Y Molina (1988, p. 41), assevera que "a pena estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas", de modo que se dificulta socializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa experiência, ressaltando ainda que a sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas, se lá esteve ou não, de modo que o estigma da prisão acompanha o egresso, dificultando ou, por vezes, até impedindo seu regresso à vida social.

Bitencourt (2011), aponta que a prisão constitui uma fonte criminógena que não apresenta nenhum benefício ao apenado e ainda pode acarretar todo tipo de vícios e degradações.

Retomando a situação do IPPSC, desde 2012 havia falta de médicos para o atendimento dos detentos. Apesar de terem sido registradas 3.367 pessoas detidas, o local só dispunha de 1 médico, 2 enfermeiros, 3 auxiliares e 1 assistente social e não contava com pessoal de psiquiatria permanentemente, evidenciada escassez de medicamentos (RCIDH, 2017).

Em virtude da superlotação, os detidos permaneciam por mais de 14 horas do dia em suas celas, e mais da metade das pessoas dormiam no chão, umas coladas às outras. Caso precisassem ir ao banheiro, caminhariam por cima de seus companheiros, ou usariam sacolas plásticas para realizar suas necessidades fisiológicas, por ausência de vasos sanitários (RCIDH, 2017, p. 02-03).

Nota-se que a deficiência de alojamentos, que violam disposições da Lei de Execuções Penais (artigo 88, Lei nº 7.210/1984), carência na alimentação e quantidade de água facilitam o desenvolvimento da tuberculose, deterioram a saúde dos reclusos pelas más condições de higiene por conta da falta de circulação de ar e constante respiro dos odores nauseabundos, ainda mais diante da ausência de previsões necessárias para separar as pessoas com enfermidades infectocontagiosas do resto da população carcerária, acarretando, inclusive em elevado número de mortes no estabelecimento:

> Entre 1º de janeiro e 26 de junho de 2016, 13 pessoas faleceram no IPPSC. A informação mais recente apresentada à Comissão indica que no início do mês de dezembro de 2016, haviam falecido um total de 27 pessoas, e que foram registradas um total de 32 mortes em 2016. Além disso, os representantes informaram que durante os primeiros dias do mês de janeiro de 2017 foram registradas outras 4 mortes. O IPPSC responde por 7.37% da população

> carcerária do estado do Rio de Janeiro, mas concentra 12.66% das mortes. Em ao menos 7 casos, os detidos faleceram no mesmo dia em que foram transferidos aos centros assistenciais ou logo em seguida, com um ou dois dias de diferença (RCIDH, 2017, p. 03).

Celas superlotadas provocam sujeira, maus cheiros e proliferação de insetos, dificultam a ventilação, o descanso noturno, pois impossibilitam que todos durmam em espaço próprio, tornam os ambientes insalubres e com segurança e atendimento médico precários, os presídios são incapazes de efetivar qualquer das finalidades da pena, sendo, inclusive, uma punição ainda mais gravosa do que a prevista no Código Penal, constituindo em si uma violação da integridade pessoal e sendo um dos principais fatores que "contribuem para a violência dentro de presídios, a qual favorece agressões, humilhações e grave deterioração de sua subjetividade e autoestima, gerando um alto risco de reprodução de violência com delitos inclusive mais graves do que aqueles que motivaram a prisão" (BRASIL, 2021, p. 26).

É possível observar que até os bens jurídicos dos detentos (integridade física e a própria vida) são colocados em risco e a (ausência de) tutela viola a vedação da proteção insuficiente, tanto que o Supremo Tribunal Federal, restabeleceu a condenação Estatal ao pagamento indenizatório diante dos danos extrapatrimoniais sofridos por um detento, durante o cumprimento da pena, conforme o RE 580252/MS (BRASIL, 2017) e, apesar de tal decisão não ser objeto de análise neste trabalho, pode-se dizer que foram reconhecidas as violações à dignidade dos encarcerados, consagrada no artigo 1°, III, da Constituição Federal (CF), qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, dentre outros direitos fundamentais que são (ou deveriam ser) prevalentes (artigo 4°, CF).

De acordo com os dados colhidos pelo CNJ (BRASIL, 2021), não existem diferenças significativas nas taxas de reincidência criminal entre presos liberados antecipadamente e aqueles que não foram beneficiados e, em alguns casos, os presos liberados antecipadamente tinham taxas de reincidência ainda mais baixas do que os outros presos. Ressalta-se exatamente o contrário, "a superlotação não é compatível com o processo de ressocialização e que os cárceres brasileiros - prova da ineficiência da política de segurança pública - implicam no aumento da criminalidade, inclusive, com a elevação das taxas de reincidência" (BRASIL, 2021, p. 51).

Diante de tal situação, a manutenção de condições diversas no cômputo da pena não beneficia a vedação da proteção insuficiente dos bens jurídicos (já violados) da vítima ou a tutela (preventiva) da população. Tem-se uma maior violação de tais bens, uma vez que além

de acarretar ofensa (atual) aos direitos fundamentais dos detentos, prejudica também a função preventiva da pena, além de afrontar a isonomia, uma vez que todos os detentos encontravam-se em condições desumanas.

4 CONCLUSÃO

A decisão que reconheceu a necessidade do cômputo em dobro da pena, diante das condições desumanas existentes no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, mostrou-se como um avanço no reconhecimento dos Direitos Humanos e na tutela da dignidade dos detentos que, ao cumprirem a pena, devem ter restringida somente a liberdade, mantendo os demais direitos fundamentais.

Porém, da mesma forma, não caberia a CIDH suprimir direitos, quando a Resolução foi proferida diante das condições da penitenciária, a qual todos os detentos suportavam igualmente. A distinção no cômputo em dobro da pena, acaba por gerar uma distinção, violando a isonomia, uma vez que a imputação a que o réu foi condenado não acarreta alterações na execução ou nas condições desumanas existentes.

Ainda que justificada a distinção nos princípios da individualização da pena ou na vedação da proteção insuficiente, nenhum deles é violado com a aplicação do cômputo em dobro.

No que condiz ao primeiro, a individualização não é prejudicada, uma vez que é realizada no âmbito legislativo, com a imputação de penas diversas em abstrato; no judiciário, no momento da dosimetria da pena e na execução penal, de acordo com o crime praticado, o réu fará *jus* a benefícios segundo lapso temporal diverso, individualização que não será prejudicada, pois o critério objetivo continua sendo o mesmo, sendo somente realizado o cômputo do cumprimento antecipado.

Já com relação ao princípio da vedação da proteção insuficiente, o mesmo foi abordado junto a discussão sobre efetividade das finalidades da pena, sendo possível afirmar que o cômputo em dobro não interfere nos objetivos preventivo e repressivo da pena e que a saída antecipada demonstra a tutela da integridade física, vida e a dignidade do detento, bens jurídicos constantemente violados diante das condições desumanas no Instituto analisado e que se repetem em diversas outras instituições.

A ilicitude das condições da detenção prejudica o próprio Estado, acarretando o dever de reparação, uma vez que a condenação a pena privativa de liberdade já consiste na punição que deve ser suportada e as péssimas condições do estabelecimento prisional agravam no

critério repressivo, gerando danos físicos e psicológicos aos detentos e prejudica a ressocialização do indivíduo, razão pela qual, as exceções ou condições mais restritas para a aplicação do cômputo da pena em dobro, em caso de condenados a crimes contra a vida, integridade física ou crimes sexuais, mostram-se desproporcionais.

Caberia ao Estado ampliar a proteção conferida pela CIDH, aplicando o cômputo a todos os detentos que estavam (ou estão) no mesmo estabelecimento prisional, enquanto tiverem que suportar as mesmas condições, devendo interpretar da maneira mais favorável àqueles que tiveram os direitos violados, ou seja, os detentos, o que não acarretará violação ou redução da tutela conferida à sociedade e ainda resguarda os direitos fundamentais e mínimos existenciais dos que cumprem a pena.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mariana L. G.; SALVADOR, Maria Eduarda; SERVO, Marina Calanca. O cômputo em dobro da pena cumprida em presídio em situação degradante. In: **III Seminário de Pesquisa Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.** 2021. São Carlos: Pedro & João Editores: 2022, p. 71-93. Disponível em: https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2022/04/EBOOK_FLAVIA.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2006.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial ao concurso de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. São Paulo: 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios fundamentais do Direito Penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 15, p. 81-88, jul. 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral (arts. 1º ao 120). volume 1. - 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Central de Regulação de Vagas: **Manual para a Gestão da Lotação Prisional. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento,** Departamento Penitenciário Nacional coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/manual-central-de-regulacao-de-vagas-1.pdf. Acesso em: 12 de out. de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Central de Regulação de vagas:** folder gestão da lotação prisional. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-central-regulacao-vagas.pdf. Acesso em: 12 de out. de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Informe sobre as Medidas Provisórias adotadas em relação ao Brasil:** Unidade de Internação Socioeducativa/ES Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho/RJ Complexo Penitenciário de Curado/PE Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA. Maio/2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Medidas_Provisorias_adotadas_em_relacao_ao_Brasil_2021-06-16_V5.pdf. Acesso em: 18 de out. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Nº Recurso Extraordinário Com Agravo 662.563** Goiás. Relator Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 660332 - RJ (2021/0114371-5)**. RELATOR: Ministro Sebastião Reis Junior. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf. Acesso em: 23 de out. de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Em Habeas Corpus Nº 136961 - Rj (2020/0284469-3).** Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252** Mato Grosso Do Sul. Relator Min. Alexandre De Moraes. Disponível em:. Acesso em: Acesso em: 29 de set. de 2022.

CARNELUTTI, Francesco. 1879-1965. **O problema da pena.** São Paulo: Pillares, 2015.

CORTE IDH. **RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018 MEDIDAS PROVISÓRIAS A RESPEITO DO BRASIL. ASSUNTO DO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 10 de out. de 2022.

CORTE IDH, **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS de 13 de fevereiro de 2017. MEDIDAS PROVISÓRIAS A RESPEITO DO BRASIL ASSUNTO DO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf. Acesso em: 07 de out. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **Corte Interamericana de Direitos Humanos inspeciona presídio.** Publicado em 24 jul. 2017. Disponível em: https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/4685-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos-inspeciona-presidio. Acesso em: 22 out. 2022.

FELDENS, Luciano. **Comentário ao artigo 5º, XLII.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 840-848.

GARCIA – PABLOS Y MOLINA, Antonio. Regimen aberto y ejecusión penal. REP, n. 240, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (versão pdf).

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** Revista de Informação Legislativa, Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 269-285. Disponível: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 03 Ago 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Processo Penal e Execução Penal.** Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645053/. Acesso em: 14 out. 2022.

SERVO, Marina Calanca. **Dos crimes contra a organização do trabalho e demais previsões criminais sobre o trabalho humano:** análise à luz do princípio da vedação da proteção insuficiente. 2020. 225 f. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

SERVO, Marina Calanca; ROQUE, Ana Cristina Lemos. A falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização. In: **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 6, p. 136-156, Jan/Jun. 2020. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6650/pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

SILVEIRA, Sebastião Sergio da; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Direito Penal e Proporcionalidade:** Anotações Sobre o Caráter Invasor da Constituição no Controle das Normas Penais. Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal/ACADEMIA.ED, 2015, p. 01-21.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal:** de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VERDROSS, Alfred. O fundamento no direito internacional. In: **Revista de Direito Internacional.** Uniceub. vol. 10. nº 2, 2013. ISSN 2237-1036. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36355.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.