

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA I**

ZULMAR ANTONIO FACHIN

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gabriel Antinolfi Divan; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-802-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA I

Apresentação

Na sexta-feira, dia 13 de outubro de 2023, na sede da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, Argentina, foi realizado o encontro de um dos Grupos de Trabalho do XII Encontro Internacional do CONPEDI, a saber o Grupo Direito, Processo Penal e Criminologia I.

Pesquisadoras e pesquisadores de várias regiões do país estiveram ao longo daquele dia promovendo profícuos debates e intercambiando informações a respeito de suas pesquisas, seus trabalhos e de ideias a respeito das conduções dos mesmos. A riqueza do encontro, ainda que por um período reduzido de tempo, permite que pontes e ligações possam ser feitas e mesmo o conhecimento sobre as pesquisas seja coligado para que haja o entrelaçamento cumulativo que tanto é necessário quanto é o objetivo de eventos dessa magnitude.

Os trabalhos foram apresentados em blocos temáticos entremeados por uma sessão de debates, dicas, contribuições e questionamentos que é necessária para permitir que as autoras (es) possam explanar um pouco mais a respeito de seus textos e métodos dos que uma apresentação inicial mais protocolar comporta. E foi ponte para que todos pudessem ampliar, até, algumas perspectivas que sejam atinentes aos temas discutidos.

De forma gratificante, cumpriu-se a proposta de comportar as discussões sabendo-se que as temáticas e assuntos respectivos foram discutidos em outros GTs simultâneos, o que mostra a força e a pertinência da área e a importância das contribuições.

Fica aqui o registro inicial resumido dos trabalhos/temas apresentados no Grupo, e o convite para que sejam lidos os trabalhos em sua íntegra, constantes dessa publicação, como forma de contribuição para a maior amplitude dos debates a respeito desse campo tão rico e crucial. E, igualmente, o orgulho de mais uma edição internacional do Conpedi ter transcorrido com muita qualidade, inspirada, com toda certeza, pelas arcadas e pelos próceres do incomparável prédio da UBA e pelo incrível ar portenho, cidade incrível e lar/berço de tantos e tantas penalistas, processualistas penais e criminólogos da mais alta estirpe:

1) Caroline Szyrczyk da Silva, da Universidade Federal de Pelotas-RS, apresentou trabalho intitulado A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CARCERÁRIA COMO VIOLADORA DO

DIREITO À SAÚDE DE MULHERES PRESAS NO RIO GRANDE DO SUL, onde promove uma discussão sobre os dados carcerários e indicadores relativos à questão de gênero no ambiente prisional – em um contexto que envolve direito à saúde e gestão prisional (temas candentes no contexto brasileiro, especialmente).

2) Marcelo Yukio Misaka apresentou trabalho escrito em coautoria com Bruna Azevedo de Castro, ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, intitulado UM CRITÉRIO PARA COMPENSAÇÃO DAS PENAS ABUSIVAS, onde ambos traçam um paralelo do discurso criminológico a partir da ideia de localização do mesmo em um eixo anticolonial, trabalhando a gênese de um discurso crítico desde o sul global e buscando caminhos para essa consolidação teórico-política.

3) Carla Graia Correia e Luiza Andreza Camargo de Almeida, da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, apresentaram trabalho escrito em coautoria com Guilherme Rocha Kawauti, intitulado A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL: UMA BREVE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA E AS PERSPECTIVAS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO No 635.659, onde a discussão parte de um profícuo comparativo relativo às políticas de criminalização /descriminalização dos entorpecentes para uso próprio, frente aos cenários brasileiro e argentino (com a recente pauta do tema a partir da jurisdição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro).

4) Mário Francisco Pereira Vargas de Souza, da Universidade La Salle, Canoas-RS, contribuiu com a apresentação do trabalho intitulado ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DAS FACÇÕES CRIMINOSAS QUE ATUAM NA CIDADE DE PORTO ALEGRE NOS CRIMES DE HOMICÍDIOS NO PRIMEIRO SEMESTRE DE 2023 SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA, onde busca fontes e conclusões sobre a atuação das facções criminosas na capital do Estado do Rio Grande do Sul a partir do arcabouço criminológico crítico, e das possibilidades de leituras proporcionadas com riqueza teórica por esta chave conceitual.

5) Tayana Roberta Muniz Caldonazzo da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, apresentou texto escrito em coautoria com Carla Bertoncini e Luiz Fernando Kazmierczak intitulado CÍRCULOS DE CULTURA EM COMUNIDADE DE APRENDIZADO NA EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UMA PROPOSTA À LUZ DE PAULO FREIRE E BELL HOOKS, onde debate a questão do uso da pedagogia e do

arcabouço do autor e da autora citados para a promoção de educação relativa aos adolescentes em conflito com a lei, qualificando em termos de alteridade e compreensão as práticas de escuta relativas às medidas socioeducativas.

6) Camila Rarek Ariozo apresentou trabalho escrito em coautoria com Luiz Fernando Kazmierczak e Luiz Geraldo do Carmo Gomes (desde a Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR), intitulado **MULHER TRANS, CRIMINOSA E ENCARCERADA: A REALIDADE NÃO CONTADA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO**, onde a discussão realizada diz para com o sistema carcerário frente ao desafio de acomodação e trato com as mulheres trans, bem como em relação a mais pessoas que vão integrar o espectro LGBTQIAPN+: as contradições, entraves e inadequações do sistema como multiplicador de mais violências em relação a (também) essa condição pessoal.

7) Bruno Rotta Almeida, da Universidade Federal de Pelotas-RS, apresentou trabalho intitulado **QUESTÃO PENITENCIÁRIA E COMPLEXIDADE: O CAOS COMO CATEGORIA EPISTEMOLÓGICA PARA O ESTUDO DA PUNIÇÃO**, onde vão trabalhados conceitos relativos a teorias que impelem um teor de profunda reflexão filosófica no trato com a questão prisional, incorporando a noção de caos para uma visão crítica do aparelho repressor-punitivo. A discrepância entre as previsões e predicados legais /fundamentais e a materialidade aflitiva da pena e suas circunstâncias pode ser estudada e pensada nesse cenário.

8) Giovana Aleixo Gonçalves de Oliveira, em artigo escrito em coautoria com Gustavo Noronha de Ávila (ambos representando a Universidade CESUMAR-PR), intitulado **ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, propôs discussão que parte da ideia da violação da própria ideia de dignidade humana em meio ao cerne punitivo-carcerário para buscar alternativas que vão se conectar a aparelhos e procedimentos que procurem uma rota em frontal discrepância com o atual modelo.

9) Marcelo Yukio Misaka apresentou o trabalho **A CRIMINOLOGIA DECOLONIAL: PENSANDO EM UMA CRIMINOLOGIA DO SUL**, escrito em coautoria com Bruna Azevedo de Castro (Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR), onde a discussão gira em torno de uma necessária construção de um aporte teórico e político de criminologia que rompa com as bases eurocêntricas e típicas de um ‘norte global’ para se fortalecer a partir de critérios epistemológicos e valores latinos, marginais e genuínos.

10) Camila Rarek Ariozo e Vanessa de Souza Oliveira – pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, trouxeram a discussão do artigo intitulado MATERNIDADE NO CÁRCERE: O LUGAR ONDE A PENA TRANSCENDE À PESSOA DO CONDENADO onde investigam as relações de poder e vulnerabilidade envolvendo a questão da encarcerada gestante e/ou mãe e a forma como as mazelas do poder punitivo e do aprisionamento se efetivam nesse cenário em relação a essas mulheres e especialmente uma réplica de violações que atinge as crianças envolvidas colateralmente.

11) Gabriel Antinolfi Divan apresentou texto escrito em coautoria com Joana Machado Borlina, ambos representando a Universidade de Passo Fundo-RS, intitulado OS DIREITOS ABSTRATOS COMO SALVAGUARDA PARA PERPETUAÇÃO DE RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO: A PLENITUDE DE DEFESA E A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. Nele vai discutida a questão da plenitude de defesa no Tribunal do Júri e a tensão do conceito frente às questões de direitos efetivos que precisam ser sopesados em relação à sua concretude, na esteira da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 779, julgada pelo STF, que limitou a plenitude frente à questão do discurso da ‘legítima defesa da honra’ dada a clara ingerência do patriarcalismo comparando uma tática de defesa com a instrumentalização da vida das mulheres.

12) Fernando Laércio Alves da Silva, da Universidade Federal de Viçosa-ES, apresentou artigo intitulado A NECESSÁRIA DISCUSSÃO DO MODELO DE JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL: DELINEAMENTOS EQUIVOCADOS QUE COMPROMETEM SUA ADEQUADA APLICAÇÃO NO ÂMBITO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, onde debate uma análise (e vieses possíveis futuros) dos modelos de justiça negociada e informalizada procurando escapar às singelas críticas habituais que ou julgam o modelo descomprometido com um caráter punitivo de busca de ‘verdade real’ ou, por outro lado, cobram uma maior formalidade como forma de garantias mais estabelecidas, teoricamente.

13) Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará-PA) e Elane Botelho Monteiro (Universidade do Vale do Taquari – RS) apresentaram artigo escrito em coautoria com Carla Maria Peixoto Pereira intitulado O COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM UM PASSADO NÃO TÃO DISTANTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOINSTITUCIONALISMO HISTÓRICO, onde focalizam o estudo não em alicerces jurídicos a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a presunção de

inocência (fundamentalmente na decisão do HC 126.292, e das ADC's 43, 44 e 54 por aquela corte). Mas, sim, em fatores que perquirem a institucionalização das decisões, trabalhando com conteúdo de ciência política para discutir a alteração jurisprudencial.

14) Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará-PA) apresentou trabalho escrito em coautoria com Rita Nazaré de Almeida Gonçalves (Escola Superior da Amazônia-PA) e Carlito Vieira Lobo Universidade Federal do Pará-PA) intitulado O PROBLEMA DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: SERIA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO UM INSTRUMENTO A SERVIÇO DE QUEM?, onde vai trabalhada a discussão da matriz do processo penal brasileiro, comentando a questão de que uma teoria não particularizada para o direito criminal ocasiona um processo voltado para uma pura e simples concretização (literalmente) do direito penal. Uma base distinta precisa ser efetivada para que não se assuma um direito e um processo penais exclusivamente comprometidos com o punitivismo como resultado almejado/esperado.

15) Ana Flavia De Melo Leite (pela Universidade La Salle/Canoas-RS) apresentou trabalho escrito em coautoria com Gabriel Silva Borges e Guilherme Dill, intitulado UM MÊS DE MANIFESTAÇÕES: UM ESTUDO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E AS PRISÕES EM FLAGRANTE EM UMA DELEGACIA DE PRONTO ATENDIMENTO DO RIO GRANDE DO SUL. No texto, propõe-se um feixe de informações e reflexões sobre o acesso à justiça, na perspectiva de investigar a rotina de pronto atendimento na Delegacia da Central de Atentamentos em Canoas, município do Rio Grande do Sul (região metropolitana) a partir de dados sobre as prisões em flagrante. Variáveis relativas ao período de restrições decorrentes da COVID 19 e seus predicados foram estudados para perquirir sobre o atendimento, o fluxo dos trâmites e o interrogatório na fase investigativa, por exemplo.

16) Ana Flavia De Melo Leite (pela Universidade La Salle/Canoas-RS) também apresentou outro trabalho escrito em coautoria com Gabriel Silva Borges e Guilherme Dill, intitulado O MANDADO DE PRISÃO E A INVIOABILIDADE DOMICILIAR: ANÁLISE EMPÍRICA NO ESPAÇO URBANO E A TEORIA DE CHICAGO. Nesse texto, se pretendeu investigar – com base em uma leitura criminológica das teorias sociais da ‘Escola de Chicago’ – a questão dos cumprimentos de mandados de busca domiciliar e/ou as hipóteses autorizadas (ou não) de ingresso sem a ordem judicial, para um estudo sobre a influência da própria condição urbana na atividade e nos permissivos de atividade policial desse cariz. Temas como a pertinência, o controle da legalidade da atuação e a forma da mesma se cotejam com a própria espacialidade urbana e suas sociabilidades.

Desejamos uma ótima leitura e um até breve, pensando já nos próximos encontros e edições!

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan

Passo Fundo, Brasil / Buenos Aires, Argentina.

Outubro de 2023.

UM CRITÉRIO PARA COMPENSAÇÃO DAS PENAS ABUSIVAS

A CRITERION FOR COMPENSATION OF ABUSIVE PENALTIES

Bruna Azevedo de Castro ¹

Marcelo Yukio Misaka ²

Resumo

A pesquisa abordará a alteração de entendimento do Poder Judiciário em relação à superlotação carcerária, que passou do entendimento de que isso era um problema do Poder Executivo a proferir decisões estruturais, reconhecendo-se o estado de coisa inconstitucional e determinando soluções programáticas, bem como condenando-se o Estado ao pagamento de indenizações ou ao abatimento em dobro do tempo de pena cumprida em condições degradantes. Outrossim, apontando a insuficiência de tais soluções na efetiva proteção dos direitos dos presos, utilizando-se de aportes oriundos da Gestão de Qualidade, sugerimos que os padrões mínimos de estrutura dos estabelecimentos prisionais sejam aqueles dos direitos garantidos pela Lei de Execução Penal e materializados nas diversas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, cabendo aos órgãos de fiscalização a vistoria mensal e o apontamento de quanto os padrões de qualidades reais se desviam daquele desejado. E esse desvio seja calculado e considerado, em termos percentuais, para a devida compensação do tempo de pena cumprido em condições que se afastam da qualidade desejada

Palavras-chave: Presos, Execução penal, Superlotação, Pena, Compensação

Abstract/Resumen/Résumé

The research will address the change in the Judiciary's understanding regarding prison overcrowding, shifting from viewing it as solely an issue of the Executive Branch to issuing structural decisions, recognizing the state of unconstitutionality, and determining programmatic solutions. Furthermore, it involves condemning the State to pay compensation or granting double deduction of time served under degrading conditions. However, it points out the insufficiency of such solutions in effectively protecting the rights of prisoners. Drawing on insights from Quality Management, we suggest that the minimum standards for prison facilities should align with the rights guaranteed by the Penal Execution Law and reflected in various resolutions of the National Council for Criminal and Penitentiary Policy. It will be the responsibility of oversight bodies to conduct monthly inspections and assess how far the actual quality standards deviate from the desired ones. The deviation should then

¹ Doutora em Direito pela FADISP. Mestra em Direito Penal pela UEM/PR; Professora no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

² Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP, Especialista em Direito Anticorrupção pela ENFAM; Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Professor de Direito Penal Unisaesiano/Araçatuba;

be calculated and considered, in percentage terms, for the appropriate compensation of time served under conditions that fall short of the desired quality

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prisoners, Penal execution, Overcrowding, Sentence, Compensation

INTRODUÇÃO

Infelizmente a superlotação carcerária é um problema estrutural no Brasil, sendo que não há um horizonte alvissareiro quanto as possibilidades de solução de tal impasse.

Os efeitos perversos, em termos de preservação da dignidade humana, no cumprimento de uma pena qualitativamente ilegal, são diversos e em nada contribuem para a consolidação de uma sociedade mais justa, fraterna e inclusiva.

Nessa tessitura, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu a ilegalidade da superlotação carcerária no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Estado do Rio de Janeiro, determinando-se o cômputo em dobro do tempo de pena cumprido naquele estabelecimento prisional.

O Poder Judiciário, capitaneado pelas nossas Cortes Superiores, reconheceu o estado de coisas inconstitucionais do nosso sistema carcerário e tem buscado formas de compensar o cumprimento de pena em condições degradantes, todavia as soluções perpassam por determinações programáticas ou indenizações.

Quanto à possibilidade de contagem em dobro do tempo de pena cumprida como forma de compensação, já admitida também pelo Superior Tribunal de Justiça, aponta-se que tal parâmetro é genérico e muitas vezes não reflete as reais condições nas quais a pena foi cumprida, merecendo um fator multiplicador maior ou menor.

Nesse passo, com vistas a encontrar parâmetros mais objetivos e que reflitam as reais condições nas quais o preso cumpriu a sua reprimenda, inspirados em técnicas de gestão de qualidades, propomos nessa pesquisa uma reflexão para que a compensação pelo cumprimento de pena em presídios superlotados ou com deficiências de estruturas se dê a partir do quanto às condições de cada estabelecimento prisional se descolam dos padrões mínimos de qualidade exigidos, utilizando-se de técnicas de gestão de qualidade para tal cálculo e dos agentes de fiscalização da Lei de Execução Penal para apurar tais desvios.

1 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E CONDIÇÕES DA PRISÃO

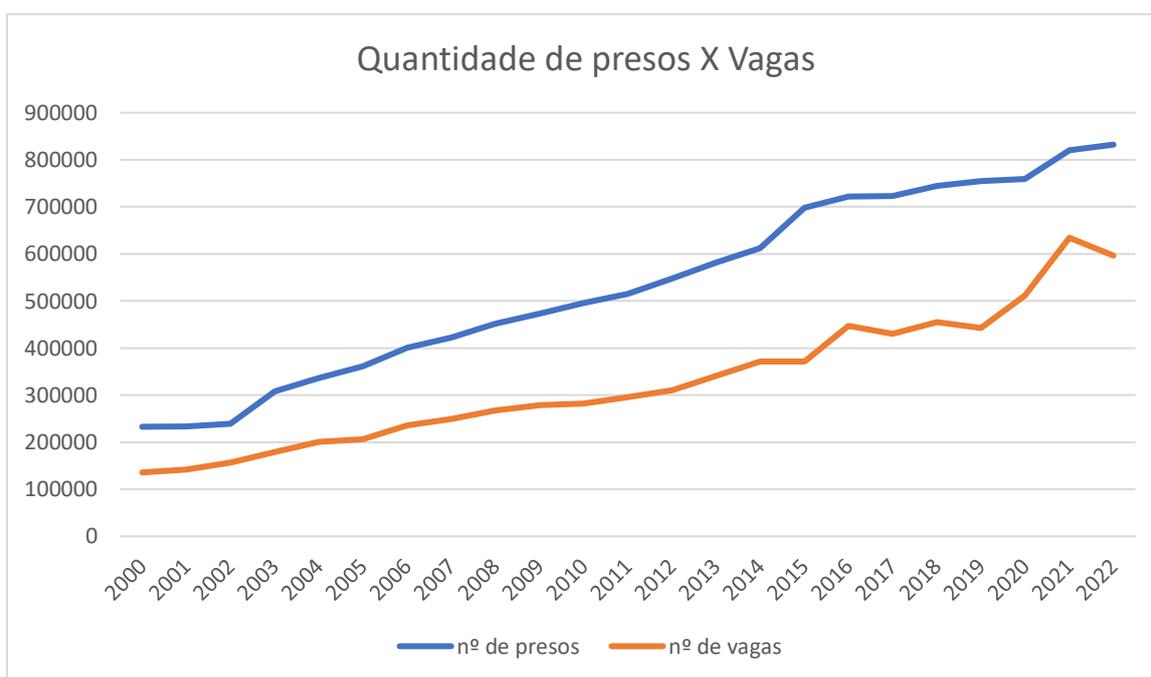
Não é segredo que a população carcerária brasileira supera o número de vagas disponíveis nos estabelecimentos prisionais. Segundo dados do Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública coletados e catalogados até o final de 2022, o Brasil concentrava uma população carcerária de 826.740 pessoas no sistema penitenciário, disponibilizando apenas

596.162 vagas nos estabelecimentos prisionais (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 276/277), o que nos conferia uma taxa de ocupação de 140%.

No ano de 2000, a população carcerária era de 174.980 presos, de sorte que até 2022 houve uma variação em 372,5%, ou seja, ela quase quadriplicou (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 281).

Em que pese os esforços na construção de novos presídios, pois desde 2000 até 2022 a quantidade de vagas aumentou em 339,3% (Fórum de Segurança Pública, 2023, p. 282), o histórico nacional foi sempre de déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais.

A partir dos dados do aludido anuário é possível montar o seguinte gráfico, o qual demonstra que nesses vinte anos sempre houve déficit de vagas em relação ao número de presos.



A taxa de ocupação dos presídios é calculada dividindo-se a quantidade de presos pelo número de vagas existentes, sendo que a partir daqueles mesmos dados o gráfico a seguir mostra que a nossa taxa de ocupação sempre operou com lotação máxima, quase tangenciando a dois presos por vagas nas unidades prisionais.



Com efeito, uma taxa de ocupação abaixo de 1 significa que há mais vagas do que quantidade de presos, a taxa de ocupação 1 representa que há equivalência entre o total de presos e o número de vagas. Acima de um indica déficit de vagas no sistema carcerário.

De se notar que em vinte anos de levantamento de dados, nosso sistema prisional sempre foi deficitário no número de vagas.

O excessivo número de pessoas presas em cotejo com a capacidade de cada unidade prisional redundam em distorções graves no aspecto qualitativo do processo de cumprimento da sanção penal.

Veja-se por exemplo que a Resolução nº 1/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário recomenda a proporção de 1 agente penitenciário para cada 5 presos, sendo que em 2017, último levantamento realizado, o relatório de informações penitenciárias (Infopen) do Departamento Penitenciário Nacional indicava uma proporção de um agente penitenciário para cada 7 presos (2017, p. 49). Para além do risco à integridade física – dos presos e dos servidores- que esse déficit produz, pois o número reduzido incapacita os profissionais de velarem pela segurança do local, há o fato estressante do relacionamento agente penitenciário e preso, que também redundam em mais violência.

O número de profissionais como médicos, auxiliares de enfermagem, psicólogos, assistentes sociais e advogados tido como adequados também deixa a desejar à vista da superlotação carcerária, comprometendo a concretização de direitos básicos como saúde, alimentação e tutela jurídica.

Da mesma forma, restam prejudicadas as oportunidades de labor e estudo por força do excesso de contingente na prisão, malferindo direitos sociais fundamentais dos presos.

Veja-se por exemplo que em 2022 apenas 19% da população carcerária estava em laborterapia segundo dados do anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023, p. 291).

Poder-se-ia elencar uma plêiade de outros direitos fundamentais que restam vilipendiados no sistema prisional, mas todos caminham de forma unidirecional para a conclusão de um desvio qualitativo na execução penal.

2 DAS PENAS ILEGAIS

Quando se aborda a extensão de uma pena ilegal, o primeiro aspecto que se ressalta é a questão formal da pena. Ou seja, pena ilegal seria aquela que não tem previsão legal, ou sem os requisitos exigidos na lei ou por mais tempo do que autorizado.

De outro lado, há também um aspecto qualitativo da pena ilegal como as penas proibidas, como a pena de morte, de caráter perpétuo, trabalho forçado, banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII, CF).

Na esteira do quanto já abordado, a situações de superlotação carcerária redundam em relativização e até aniquilamento dos direitos básicos do preso durante o cumprimento de sua pena.

Todavia, conquanto se reconheça a ilegalidade de uma pena em todas essas condições, é preciso pensar em como o vivenciar de tais situações, por um preso, repercute no quanto de pena a ser cumprido por ele.

Na constatação de Zaffaroni

Las penas crueles, inhumanas o degradantes no sólo son penas impuestas, sino también generalmente ejecutadas, es decir sufridas, com las que eventualmente debe enfrentarse una magistratura republicana em el momento de imponer una pena o durante la ejecución de una pena, tratándose de hechos desgraciados pero reales, cuya existencia no puede ignorar, dentro de una sana interpretación constitucional (1994, p. 26)

Com efeito, a provocação do mestre argentino diz respeito a como quantificar uma pena cumprida em condições desumanas, já que por força desse seu aspecto qualitativo, ela não poderia simplesmente ser considerada como uma pena legal. Ou seja, um sentenciado que passou um ano de sua pena em condições degradantes, não poderia ter como cumprida apenas um ano de pena.

O aspecto qualitativo da pena cumprida deveria ser levado em conta para a integral compensação, já que quando da fixação da reprimenda pelo Poder Judiciário não se autorizou que a pena fosse cumprida em condições desumanas.

Daí porque Zaffaroni chama a atenção para a responsabilidade do Poder Judiciário em intervir para que as situações de ilegalidade no aspecto qualitativo do cumprimento da pena sejam devidamente balanceadas na análise do tempo de pena cumprido pelo sentenciado.

3 QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO?

A Constituição Federal estatuiu no art. 5º, inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Destarte, em caso de ilegalidades na forma de cumprimento da sanção penal por força da superlotação carcerária, seria possível acionar-se o Poder Judiciário? Se sim, para lhe dirigir qual tipo de bem da vida?

Por muito tempo a doutrina denominada *hands off* advogou que a superlotação carcerária e a deficiência na estrutura do sistema prisional eram questões afetas ao Poder Executivo incumbido de administrar as prisões. Daí porque em respeito ao princípio da separação dos Poderes, não cabia ao Poder Judiciário imiscuir-se em tais assuntos, tido como questões administrativas apenas (Feeley; Rubin, 1997, p. 30-31).

Outrossim, em solo nacional, foi a nossa Suprema Corte a responsável pela guinada de entendimento, já que na ADPF 347 MC/DF, relator Min. Marco Aurélio, de forma vanguardista reconheceu-se o instituto do estado de coisas inconstitucionais do sistema prisional brasileiro, porque

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 (ADPF 347 MC, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico DJe-031 Divulg 18-02-2016 Public 19-02-2016)

Em outro precedente o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a difícil solução para os casos de ausência de vagas para os presos que já preenchem os requisitos à progressão de regime. No RE 641.320, relator Min. Gilmar Mendes, fixou-se a seguinte tese:

Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que

sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado (RE 641320, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-159 Divulg 29-07-2016 Public 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261)

Por força daquele aresto também se editou a súmula vinculante 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Por fim, no RE 580.252/MS, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, também versando sobre superlotação carcerária e cumprimento da pena em condições indignas, fixou-se a seguinte tese:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (RE 580252, Relator(a): Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-204 Divulg 08-09-2017 Public 11-09-2017)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando a questão da superlotação do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Estado do Rio de Janeiro, determinou que o Estado compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no referido instituto, pois concluiu inadmissível o cumprimento de sanção penal com elevada taxa de ocupação do sistema carcerário (2018, p. 27).

Na esteira do que decidiu a Corte Interamericana, o Superior Tribunal de Justiça também concluiu ser legítimo o cômputo em dobro da pena quando cumprida em condições degradantes de superlotação carcerária:

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE.

OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA.

EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO).

SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interposição do agravo regimental. "Não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, 'indiscutível relevo jurídico-constitucional' (RCL-AGR n.7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema" (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Relator p/acórdão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014).

2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse "em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução".

3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio pro personae, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana

dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.

3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade.

- um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.

São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos ex nunc, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (ex nunc), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso.

10. Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da mencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, verbis: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." 11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019 (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO

SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).

De se ver então que houve um avanço no que diz respeito ao espaço de jurisdicionalidade da questão carcerária, em especial no tocante ao aspecto qualitativo do cumprimento da sanção penal.

Todavia, ainda há muito o que avançar.

Veja-se que as decisões de nossa Suprema Corte, a despeito de admitir a tutela jurisdicional sobre a ilegalidade do cumprimento de pena em condições degradantes, ora apresentaram soluções programáticas – como ocorreu na ADPF 347 MC/DF com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais – ora pontuais admitindo-se a indenização ao preso (RE 580.252/MS), ou apenas parciais como no caso de falta de vaga para progressão de regime (súmula vinculante 56).

A solução capitaneada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da superlotação do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Estado do Rio de Janeiro, depois seguida também pelo Superior Tribunal de Justiça, é a que parece mais se aproximar do ideal de uma solução concreta e difusa para a superlotação do sistema carcerário nacional.

Não obstante, ela também carece da apresentação de um critério mais detalhado a respeito da opção pelo cômputo em dobro da pena. Ou seja, o que justifica a opção pela fração em dobro em detrimento de outras maiores ou menores?

Isso porque há grande variância da taxa de ocupação dos presídios brasileiros, bem como as estruturas materiais e humanas disponíveis em cada um deles não é a mesma. Logo, as condições qualitativas de cumprimento de penas são muito dissipares se analisadas todos os locais de cumprimento de pena disponíveis no Brasil.

Registre-se que no Recurso Extraordinário 580.252/MS, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, cujo voto infelizmente não recebeu a merecida ponderação dos demais membros da Corte e até mesmo da comunidade jurídica, apresentou interessante critério de compensação da pena com base na remição, utilizando-se do mesmo critério da aposentadoria especial para aqueles que atuam em atividades insalubres ou perigosas.

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”, a variável

“x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento (STF. RE 580.252/MS. Voto-vista. Min. Luís Roberto Barroso. p. 83)

Em sentido semelhante, Rodrigo Roig (2017, p. 365) também menciona a possibilidade de utilização do percentual de insalubridade auferido pelos agentes penitenciários do local de cumprimento da pena como critério para compensação.

Daí porque se pretende, inspirado pela diretriz traçada pelos precedentes, bem como pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso e do critério proposto por Roig, na tentativa de complementá-los, apresentar mais um critério técnico legitimador da análise qualitativa do cumprimento da pena.

4 DA GESTÃO DE QUALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL

Com vistas a analisar o aspecto qualitativo do cumprimento das penas nos sistemas prisionais, sugerimos a utilização de técnicas de gestão de qualidade nos estabelecimentos prisionais.

O controle da qualidade de um processo produtivo envolve a realização das seguintes etapas consecutivas:

- Definição de um padrão a ser atingido para o produto e padronização do processo.
- Inspeção: medir o que foi produzido e comparar com o padrão.
- Diagnóstico das não conformidades: descrição dos desvios entre o que foi produzido e o padrão.
- Identificação das causas das não conformidades.
- Ação corretiva para eliminação das causas.
- Atualização, se necessário, dos padrões do produto e/ou do processo (Toledo; Borrás; Mergulhão, 2012, p. 250)

Na esteira desse raciocínio, o padrão a ser utilizado como parâmetro de qualidade pode ser obtido a partir da análise dos direitos dos presos ao longo do cumprimento de sua pena.

O art. 41 da Lei 7210/84 traz um rol de direitos dos presos que cumprem pena, sendo eles: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de

tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

O art. 42, Parágrafo único, da mesma lei permite a suspensão ou restrição, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento, apenas dos direitos ao trabalho, visitas e contato com o mundo exterior.

Ademais, na forma do art. 42, da Lei 7210/84, tanto o preso provisório como aquele submetido à medida de segurança, no que couber, faz jus aos mesmos direitos.

Como nos ensina Roig (2021, p. 131-138), esses direitos *são mínimos*, haja vista que há outros ali não elencados que são extremamente importantes para que o cumprimento da pena ocorra em observância ao princípio da dignidade humana e a vedação de penas cruéis, tais como aqueles estabelecidos nas Regras Mínimas de Tratamento do Preso no Brasil (Resolução 14/1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária- CNPCP), o direito à visita íntima (Resolução 4/2011 do CNPCP), a dignidade no transporte de presos (Resolução 2/2012 do CNPCP) e o acesso à água potável (art. 18 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos).

Há diversas resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, as quais, por serem mais específicas, constituem um excelente parâmetro para aferir as condições mínimas que um estabelecimento prisional precisa apresentar para se afirmar que os direitos básicos dos presos são respeitados.

Nesse sentido, *verbi gratia*, há a Resolução nº 03/2009 que trata do direito à educação, a nº 09/2009 que trata da arquitetura do estabelecimento prisional, a Resolução 2/2011 que estabelece limite de presos por cela coletiva, a Resolução nº 05/2014 que proíbe a revista vexatória, a Resolução nº 05/2016 que indica a capacidade máxima dos estabelecimentos prisionais, a Resolução 03/2017 que regulamenta o direito à alimentação dos presos, a Resolução nº 4/2017 que em seus anexos traz detalhes sobre a concretização do direito à assistência material aos presos e a Resolução 03/2018 que fala sobre a prevenção e o tratamento de doenças contagiosas no sistema prisional.

É importante destacar também a Resolução nº 05/2009 do CNPCP que em seus anexos traz alguns questionários e diretrizes a serem observados no momento de realização de inspeções nos estabelecimentos prisionais.

Destarte, já há normatização sobre as condições mínimas, em termos de infraestrutura, que um estabelecimento prisional deve observar para garantir o cumprimento da pena em respeito à dignidade humana do sentenciado, a qual não foi e nem poderia jamais ser retirada pela sentença penal condenatória.

Logo, sugere-se que tais resoluções sejam utilizadas como parâmetros de qualidade.

Na sequência, é possível que para cada item a ser avaliado sejam atribuídos pesos específicos, de acordo com a relevância do tema analisado. Por exemplo, um peso maior para itens ligados à saúde e higiene do estabelecimento prisional e alimentação se comparado a outros como a assistência religiosa.

Não se trata de estabelecer uma hierarquia valorativa entre os direitos do sentenciado, mas de reconhecer que a omissão estatal, em algumas áreas, é diretamente mais impactante na vida do preso durante o cumprimento da pena. E por isso tem um mesmo maior quando há um desvio qualitativo na concretização desse direito.

Na sequência do processo de controle de qualidade, há a necessidade de inspeção, diagnóstico e identificação das deficiências, reivindicando-se a atribuição de tais misteres aos agentes de fiscalização.

5 DOS AGENTES E DO MÉTODO DE FISCALIZAÇÃO

Na esteira da proposta anterior, é preciso que a inspeção e diagnóstico das deficiências de qualidade – ou seja, da dispersão entre aquilo que se esperava do estabelecimento prisional e aquilo que efetivamente ele se apresenta- sejam realizadas por algum órgão.

A fiscalização daquelas condições mínimas dos estabelecimentos prisionais pode perfeitamente ser realizada pelos órgãos da execução penal (art. 61 da Lei 7.210/84), em especial aqueles incumbidos de correições e visitas mensais aos estabelecimentos prisionais como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Ademais, em aderência ao comando do art. 4º, da Lei 7.210/84 o Conselho da Comunidade poderia ser incumbido também de realizar essa avaliação qualitativa das condições de cumprimento da pena, haja vista que já está inserido em suas atribuições a visita mensal aos estabelecimentos prisionais da Comarca (art. 81, I, da Lei 7.210/84) e a apresentação de relatórios mensais (art. 81, III, da Lei 7.210/84).

O envolvimento comunitário com as condições carcerárias, além de proporcionar as condições harmônicas para a integração social (Giamberardino, 2021, p. 46), também permite

que a comunidade local se responsabilize por um dos seus que se encontra em cárcere, desmistificando a ideia de que o outro é alguém muito diferente de nós.

Além disso, seria possível também que os próprios detentos se organizassem e elessem representantes para a realização dessas avaliações mensais das condições dos estabelecimentos prisionais.

A Ordem dos Advogados do Brasil, dada a essencialidade do advogado na Administração da Justiça (art. 133 da CF), poderia indicar representantes para realizar as vistorias mensais por meio de suas comissões.

Da mesma forma, o diretor do estabelecimento prisional pode indicar um representante do corpo de funcionários para efetuar tal avaliação, ampliando o espaço de avaliação e democratizando tal processo.

O importante é que cada um dos órgãos incumbidos da fiscalização realizem as vistorias e respondam aos questionários sobre as condições de cumprimento da pena naquele estabelecimento prisional, atribuindo pontuações a cada um dos itens em termos de adequação aos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

De posse de todos esses relatórios mensais elaborados por diversos órgãos e agentes seria possível avaliar objetivamente o quanto as condições locais do estabelecimento prisional se desviam ou não dos parâmetros médios indicados pelas Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Como já se mencionou, seria possível inclusive conferir pesos diferenciados para cada um dos itens a serem avaliados e, ao final, apurar a média de desvio de qualidade obtida a partir da avaliação mensal de todos os agentes e órgãos. Depois somam-se todos os desvios apurados, extraíndo-se uma média e chega-se a um desvio padrão geral de qualidade daquela unidade prisional naquele mês.

Com o desenvolvimento de ferramentas “online” e de gestão de qualidade do estabelecimento prisional, com a inserção mensal das avaliações rapidamente seria possível obter a informação a respeito do percentual de desvio de qualidade daquele estabelecimento prisional.

Esse grau de desvio padrão médio apurado pela união de todos os relatórios mensais será o quanto, em percentual, de desvio qualitativo da pena a ser utilizado para efeitos de compensação no cumprimento da pena.

Assim, será possível aferir, em concreto, respeitadas as condições individuais de cada unidade prisional, com critérios objetivos e seguros, a proporção a ser utilizada no desconto de

pena em razão do seu cumprimento em condições inadequadas. Evita-se, assim, a utilização de parâmetros genéricos e baseados unicamente na superlotação carcerária.

Ademais, trazendo a comunidade para tal avaliação, a sociedade terá ciência das razões pelas quais está se realizando aquela justa compensação no tempo de pena a cumprir.

O processo de fiscalização poderá contribuir também para o apontamento das falhas, indicando as melhorias a serem realizadas pela Administração Penitenciária com vistas a atingir melhoras qualitativas no cumprimento da pena.

6 CONCLUSÕES

À guisa de conclusões, então, pode-se afirmar que a intervenção do Poder Judiciário na questão qualitativa do cumprimento da pena, notadamente em relação às condições carcerárias, é dever imposto pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Contudo, é preciso buscar meios adequados para que a tutela jurisdicional seja efetiva, razão pela qual propõem-se que a compensação do tempo de pena cumprido em condições degradantes seja calculado pelo desvio de qualidade apurado à luz dos parâmetros mínimos de assistência material a serem assegurado aos presos consoante as diretrizes estatuídas na Lei de Execução Penal e nas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, cuja fiscalização e avaliação serão realizadas mensalmente, em todos os estabelecimentos prisionais, pelos agentes de fiscalização (Juiz, Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, Conselho da Comunidade, representantes dos presos e dos agentes penitenciários etc.).

Essa metodologia de gestão da qualidade das condições carcerárias, além de envolver toda a sociedade na sua fiscalização e conscientizá-la da omissão estatal, tem a vantagem de fornecer um parâmetro objetivo e pontual, para cada estabelecimento prisional onde o sentenciado cumpriu sua pena, das condições carcerárias em que a pessoa esteve submetida.

Evidente que a proposta não pode ser considerada um fim em si mesma, mas apenas um paliativo para amenizar o cumprimento de pena sob um já reconhecido estado de coisas inconstitucionais, até que o Estado cumpra efetivamente o disposto nos textos normativos, eliminando-se de fato as penas cruéis, degradantes e desumanas em todas as suas dimensões.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. I. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *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 03.ago.2023.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1997.

FEELEY; Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State: how the Courts reformed America's prisons*. Cambridge criminology series, 1997.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 03.ago.2023.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal: 3ªed.*, Belo Horizonte: CEI, 2021.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 3ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2008.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: junho de 2017*. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>. Acesso em 3.ago.2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIPOLLÉS, José Luiz Diés. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Compensação penal por penas ou prisões abusivas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 331-381, jun.. 2017

_____. *Execução penal: teoria e prática*. 5ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SÁNCHEZ, Jesús- Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Eficiência e Direito Penal*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manoel, 2004

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *A crise de legalidade na execução penal*. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 754 p. ISBN 85-7387-266-7. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9000. Acesso em: 13 set. 2021. p. 45-97.

TOLEDO, José Carlos de; BORRÁS, Miguel Ángel A.; MERGULHÃO, Ricardo C.; et al. *Qualidade - Gestão e Métodos*. São Paulo: Grupo GEN, 2012

VIEIRA, Sônia. *Estatística para a qualidade*. 3ª ed., São Paulo: Grupo GEN, 2014.

VIRGILLITO, S. B. *Estatística Aplicada*, São Paulo: Editora Saraiva, 2017

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Las penas crueles son penas*. Revista Nuevo Foro Penal. Medellin, 1994, p. 13-28.

_____. *O inimigo no direito penal*. 2ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007