

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

BRUNO PAIVA GARCIA

O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO: hipóteses para uma redução de danos desde o garantismo penal

Mestrado em Direito

São Paulo

2023

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

BRUNO PAIVA GARCIA

O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO: hipóteses para uma redução de danos desde o garantismo penal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

São Paulo

2023

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Garcia, Bruno Paiva

O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA NO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO: hipóteses para uma redução de
danos desde o garantismo penal / Bruno Paiva Garcia.
- São Paulo: [s.n.], 2023.
131p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito.

1. Estado Constitucional de Direito. 2. Garantismo
penal. 3. Princípio da humanidade das penas. 4. Sistema
carcerário brasileiro. I. Junqueira, Gustavo Octaviano
Diniz. II. Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.
III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

BRUNO PAIVA GARCIA

O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO: hipóteses para uma redução de danos desde o garantismo penal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (Orientador)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*À minha esposa Maria Isabel (Bel),
comigo em todas as horas,
e aos nossos filhos,
Manu e Antonio.
Nada faria sentido sem vocês.*

AGRADECIMENTOS

Aos professores e professoras do mestrado da PUC-SP, muito especialmente ao professor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, jurista brilhante, orientador generoso, que me acolheu para orientação no meio da jornada.

Agradeço também aos professores Oswaldo Henrique Duek Marques e Patrick Lemos Cacicedo, que leram o texto e deram contribuições valiosas durante o exame de qualificação

RESUMO

O Estado Constitucional de Direito é caracterizado por uma vinculação dos poderes públicos a um projeto garantista de tutela de direitos fundamentais. Esse modelo não se realiza no sistema carcerário brasileiro, marcado por histórica negação de direitos fundamentais ao preso. A solução desse estado de coisas – ou ao menos a atenuação dos danos decorrentes do encarceramento em condições desumanas – depende do cumprimento, pelo Poder Judiciário, de sua função constitucional de garantia de direitos; da efetividade dos tratados e documentos internacionais de proteção de direitos humanos; e do reconhecimento da eficácia interna da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Constituição Federal estabelece limitações à punição, que devem ser reconhecidas na fase de execução da pena. Destacam-se o princípio da humanidade como fundamento e limite da punição; a legalidade estrita e a necessária intersecção com o princípio da humanidade; e a proteção judicial, o princípio da jurisdicionalidade e o reconhecimento da posição de garante do Estado diante da violação do princípio da humanidade. Em observância ao paradigma garantista, apresentam-se hipóteses para a redução da divergência entre a normatividade constitucional e a realidade carcerária brasileira. Destacam-se a necessidade de observância de um controle rígido da lotação carcerária (*numerus clausus*); o cumprimento da pena em regime adequado; a atenuação da prisão preventiva; a remição ou compensação por pena ilícita; o desencarceramento de grupos especialmente vulneráveis, como os idosos, as pessoas com deficiência, as mulheres e a população LGBTI.

Palavras-chave: Estado Constitucional de Direito. Garantismo penal. Princípio da humanidade das penas. Sistema carcerário brasileiro. Redução de danos.

ABSTRACT

The democratic state ruled by law is characterized by a link between public powers and a guaranteeing project for the protection of fundamental rights. This model is not implemented in the Brazilian prison system, marked by a historical denial of fundamental rights to prisoners.

The solution– or at least the mitigation of the damage resulting from incarceration in inhumane conditions – depends on the judiciary branch fulfilling its constitutional function of guaranteeing rights, the effectiveness of international treaties and documents protecting human rights, and the recognition of the internal effectiveness of the Inter-American Court of Human Rights precedents.

The Constitution establishes limitations on punishment, which must be recognized at the sentence execution stage. Then, some points should be highlighted: the principle of humanity as the basis and limits of punishment; the strict legality and the necessary intersection with the principle of humanity; the judicial protection, the jurisdiction principle and the recognition of the State's position as guarantor in the face of violations of the principle of humanity.

In compliance with the guarantor paradigm, hypotheses to reduce the divergence between constitutional normativity and the Brazilian prison reality are presented. Other issues are emphasized, such as the need to observe strict control over the occupancy rate of prisons (*numerus clausus*); serving the sentence under an appropriate regime; the mitigation of preventive detention; remission or compensation for illicit punishment; leaving particularly vulnerable groups, such as the elderly, people with disabilities, women and the LGBTI population free from incarceration.

Keywords: Democratic State ruled by Law. Criminal Guarantee. Principle of Humanity of Punishments. Brazilian prison system. Harm reduction.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Fluxograma de regulação de vagas prisionais (porta de entrada) para efetivação da Central de Regulação de Vagas	78
Figura 2	Fluxograma de regulação de vagas prisionais (porta de saída) para efetivação da Central de Regulação de Vagas	80
Figura 3	Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, Estado de São Paulo	95
Figura 4	Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, Estado de São Paulo	96
Figura 5	Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, Estado de São Paulo	97

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDPs	Centros de Detenção Provisória
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Comissão IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Covid-19	<i>Coronavirus disease</i> – ano 2019
CP/1940	Código Penal de 1940
CPP/1941	Código de Processo Penal de 1941
DEECRIM	Departamento de Execução Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DJe	Diário da Justiça eletrônico
ed.	edição
FGV	Fundação Getulio Vargas
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
HIV/Aids	<i>Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immunodeficiency Syndrome</i>
INSPER	Instituto de Ensino e Pesquisa
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
j.	juízo
LEP	Lei de Execução Penal
LGBTI	lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti e intersexo
Min.	Ministro
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Especial

SINASE	Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo
SISDEPEN	Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
SUAS	Sistema Único de Assistência Social
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
v.	volume

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	19
1.1	A função de garantia do Poder Judiciário e as violações a direitos fundamentais da pessoa presa	24
1.2	A internacionalização dos direitos humanos e o papel das convenções internacionais na proteção de direitos do preso	30
2	LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À PUNIÇÃO, O GARANTISMO CONTRAMAJORITÁRIO E A HUMANIDADE DAS PENAS	42
2.1	O princípio da humanidade da pena como fundamento e limite da punição	43
2.2	A legalidade estrita na execução da pena e a necessária intersecção com o princípio da humanidade	52
2.3	A proteção judicial, o princípio da jurisdicionalidade e a posição de garante do Estado diante da violação ao princípio da humanidade da pena	60
3	O PARADIGMA GARANTISTA E A DEGRADAÇÃO DO AMBIENTE CARCERÁRIO: ESTRATÉGIAS PARA REDUÇÃO DE DANOS	64
3.1	<i>Numerus clausus</i>	67
3.2	O cumprimento da pena em regime adequado	80
3.3	A excepcionalidade da prisão preventiva	87
3.4	Remição ou compensação por pena ilícita – a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	93
3.5	O fortalecimento dos Conselhos da Comunidade	102
3.6	O aprisionamento de grupos vulneráveis e a garantia de humanidade da pena	104
3.6.1	Idosos	107
3.6.2	Pessoas com deficiência	109
3.6.3	Mulheres	110

3.6.4 População LGBTI	112
CONCLUSÕES	116
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

A ideia de escrever a dissertação de mestrado sobre o sistema carcerário brasileiro e o princípio da humanidade das penas decorreu de uma frustração profissional. Desde os primeiros anos da carreira de juiz, iniciada em agosto de 2006, atuei na execução penal e exerci a função – que descobri simbólica – de corregedor de presídios. No Departamento de Execução Criminal de Campinas, no qual permaneci por mais de cinco anos, os cinco juízes que o compunham visitavam – todos os meses – 28 estabelecimentos prisionais, incluídos dois hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico em Franco da Rocha. A maioria dessas unidades prisionais estava superlotada e descumpria regras básicas de direitos humanos. E, a despeito do título de Corregedor de Presídios, muito pouco podia ser feito. Todos os meses, os juízes elaboravam um relatório com orientações e determinações aos diretores dos presídios e, no mês seguinte, tudo permanecia.

O modelo normativo, que não reconhece o preso como sujeito de direitos, foi criado para a manutenção desse estado de coisas – que o STF declarou inconstitucional – e a visita correccional prevista no art. 66, VII, da LEP, nada mais representa que uma cerimônia simbólica de exibição institucional para a transmissão de uma ideia de adequação e de legitimação de ilegalidades – afinal, o juiz corregedor visita o presídio todos os meses¹.

As antigas ideias de relação especial de poder, que situavam a execução da pena nos limites do direito administrativo e o preso em posição de sujeição perante a Administração, foram abandonadas no plano teórico, mas seguem vigentes – de forma escamoteada – no cotidiano carcerário². São muitas as situações que revelam a inefetividade das garantias constitucionais no cárcere, um espaço no qual não vigora o Estado de Direito e as pessoas são tratadas como cidadãos de segunda categoria,

¹ A ideia de cerimônia de exibição em uma instituição totalitária é apresentada em: GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 91; BENELLI, Silvio José. **A lógica da internação**: instituições totais e disciplinares (des)educativas. São Paulo: Unesp, 2014, p. 53.

² A respeito das relações especiais de poder, Anabela Miranda Rodrigues afirma: “neste contexto em que também se considerava enquadrado – o recluso nas suas relações com a Administração – bem se compreende que o conteúdo e limites dos seus direitos derivasse diretamente do fim da execução, que ganhou, desta forma, um lugar preponderante. De certa maneira, procurava-se assim colmatar a inexistência de uma lei: o fim da execução substituía uma lei de execução”. RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 40-41.

com menos direitos que o cidadão comum³. A exemplo disso, a garantia de legalidade, pedra angular do direito penal, é mitigada na execução da pena e se permite – em jurisprudência há muito consolidada – a imposição de sanções disciplinares com graves consequências para o preso com fundamento em mero ato administrativo. A garantia de humanidade na punição, surgida com a filosofia Iluminista, no século XVIII, e entre nós é cláusula pétrea, não é suficiente para proibir a superlotação carcerária, a qual, no Brasil, é a regra, e não a exceção. A garantia de proteção judicial (inafastabilidade da jurisdição) não socorre o preso nas questões verdadeiramente importantes da execução penal. A administração penitenciária tem a prerrogativa de escolher, sem possibilidade de interferência judicial, o local da custódia, o que é usado como forma de punição, sem a garantia do devido processo, transferindo-se para locais longínquos o preso que não atende ao esperado padrão de comportamento.

As garantias constitucionais que limitam o poder punitivo e direcionam a atuação das autoridades penitenciárias precisam ser trazidas para dentro do cárcere. A constitucionalização da prisão é o único caminho possível para se superar o quadro histórico de violação de direitos fundamentais e atenuar os danos causados com o encarceramento. É este, portanto, o desafio imposto nesta dissertação, o problema a ser enfrentado ao longo do texto: apontar direções possíveis dentro do ordenamento constitucional para se concretizar a garantia de humanidade da pena e reduzir os danos causados com o encarceramento.

O método utilizado foi o estudo descritivo e exploratório e, quanto à natureza, é tanto qualitativo como quantitativo. A técnica de coleta de dados é a pesquisa documental e bibliográfica com análise crítica de conteúdo da população encarcerada e a revisão bibliográfica relativa ao garantismo penal, como proposto por Luigi Ferrajoli, ao reconhecer que todo ato de exercício de poder somente se justifica na realização de direitos fundamentais previstos em norma constitucional. A universalidade dos direitos fundamentais reclama tutela mesmo (ou sobretudo) contra a vontade das maiorias, o que deve garantir proteção jurídica ao preso em detrimento do populismo punitivo. Também foram analisados tratados e documentos

³ Segundo Iñaki Rivera Beiras, os direitos fundamentais da pessoa presa são reconhecidos na lei e em tratados internacionais, mas desvalorizados pela jurisprudência em comparação com os direitos reconhecidos aos cidadãos livres, permitindo a criação de uma espécie de cidadão de segunda categoria. BEIRAS, Iñaki Rivera. **Los derechos fundamentales de los reclusos**. La construcción jurídica de unos derechos devaluados. Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Madrid: Dykinson, 2017, p. 48.

internacionais de proteção de direitos fundamentais ao recluso, além de resoluções do CNJ que direcionam a atuação do Poder Judiciário para proteger os direitos do preso.

O estudo se inicia com o capítulo intitulado *O estado constitucional de direito e o sistema carcerário brasileiro*, no qual são apresentadas as principais características do Estado Constitucional de Direito, que incorpora garantias fundamentais e princípios axiológicos no texto constitucional para a afirmação da legalidade estrita, que vincula o legislador e impõe a todas as agências estatais, incluída a administração de presídios, a obrigação de realizar o projeto constitucional, algo que não se cumpre no sistema carcerário brasileiro, marcado por uma histórica violação de direitos fundamentais.

O exercício rígido da função de garantia do Poder Judiciário e o cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos, com destaque para a eficácia interna da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), são apresentados como caminhos possíveis para se diminuir a divergência entre o plano normativo indicado na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e a realidade dos presídios brasileiros.

No capítulo seguinte, *Limitações constitucionais à punição, o garantismo contramajoritário e a humanidade das penas*, são identificadas as limitações impostas pela CF/1988 ao exercício do poder punitivo no âmbito prisional, reconhecidas como garantias primárias ao direito à dignidade humana e à integridade física e psíquica do preso. Essas limitações representam uma normatização rígida de direitos fundamentais, que são, por essência, universais, e não podem ser afastados nem mesmo pela vontade da maioria, de forma que as normas de natureza penal inseridas na CF/1988 assumem uma função de garantismo contramajoritário. O princípio da humanidade da pena, a legalidade estrita na execução penal e a garantia de proteção judicial são apresentados como pilares constitucionais para a observância da dignidade humana no cárcere.

O princípio da humanidade das penas, que tem origem no Iluminismo, alcançou um novo significado no Estado Constitucional de Direito, foi identificado como fundamento e limite da punição, que direciona a execução da pena em sentido de concretude do princípio maior da dignidade da pessoa humana. A legalidade estrita na execução da pena, em contraposição à mera legalidade (ou legalidade em sentido amplo), foi apresentada como uma superação do formalismo irracional, a exigir uma

intersecção com o princípio da humanidade da pena, de sorte que cumprir a legalidade significa também cumprir a humanidade. O terceiro pilar constitucional indicado para se limitar o poder punitivo no âmbito prisional, a proteção judicial, correlaciona-se por imposição lógica com a posição de garante assumida pelo Estado durante o aprisionamento. Na hipótese de descumprimento do compromisso constitucional de humanidade da pena, devem ser garantidos meios eficazes de acionamento do Estado para a defesa dos direitos fundamentais da pessoa presa.

No último capítulo, *O paradigma garantista e a degradação do ambiente carcerário: estratégias para redução de danos*, são indicados instrumentos jurídicos possíveis para corrigir desvios, identificados como garantias secundárias existentes no ordenamento jurídico brasileiro em abono da dignidade humana. Defende-se, em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que a superlotação, por si só, configura hipótese de tratamento cruel, desumano e degradante, e a rígida restrição da população carcerária ao limite previamente estabelecido para a unidade prisional é condição *sine qua non* para garantia da humanidade da pena. O STF já indicou o caminho para a garantia do cumprimento da pena em regime adequado, por meio da súmula vinculante n. 56, segundo a qual “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”. Aponta-se, também, a utilização massiva da prisão preventiva, de natureza cautelar, como indevida antecipação de pena, em prejuízo da presunção de inocência, da proporcionalidade e da garantia de humanidade da pena, em razão da inexistência de estabelecimentos prisionais suficientes para esse fim.

Apresenta-se, ainda, estudo da jurisprudência da Corte IDH a respeito da remição ou compensação por pena ilícita, defendendo-se o uso desse precedente em todos os presídios em situação de superlotação. O Conselho da Comunidade é indicado nesse capítulo como importante – e desvalorizado – órgão da execução penal, que pode cumprir o papel de abertura da prisão à sociedade e da sociedade à prisão⁴. Ao final do capítulo, são trazidas considerações a respeito do aprisionamento de grupos em situação de vulnerabilidade extrema, a exemplo de idosos, gestantes,

⁴ A ideia de abertura da sociedade à prisão e da prisão à sociedade foi exposta por Iñaki Rivera Beiras. BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Trad. Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 154.

peças com deficiência e população LGBTI. A garantia de humanidade para esses grupos, sobretudo em um contexto de violação massiva de direitos fundamentais, impõe a adoção de políticas de desencarceramento, conforme a gravidade do delito praticado, a quantidade de pena restante e o regime imposto na sentença condenatória.

Encerra-se a dissertação com as conclusões alcançadas ao longo do estudo, sobressaindo-se a necessidade de se efetivar garantias constitucionais no cárcere, para além dos discursos acadêmicos e judiciais idealizados, que não refletem a vontade de solucionar os problemas reais das pessoas que sofrem a sanção criminal no Brasil.

1 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A ideia de Estado de Direito – um governo de leis e não governo de homens – consolidou-se ao longo do século XIX, por força da filosofia contratualista e iluminista, para garantir direitos do cidadão, pela divisão de poderes e do respeito à legalidade, que se elevou a partir daquele momento histórico a “critério de ação dos governantes”⁵. Em contraposição ao antigo Estado Absolutista, passou-se a exigir do governante o exercício racional do poder por meio de leis e, principalmente, que ele próprio se submetesse a normas promulgadas em caráter geral, que passaram a substituir os costumes e as diversas fontes do direito pré-moderno na organização da sociedade e, além disso, representavam um conceito de vontade geral.

A afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e não mais os costumes ou a vontade do príncipe foi, portanto, a principal característica do Estado de Direito, que se concretizou primeiramente como Estado Legislativo de Direito⁶. A forma de governo adotada na maior parte dos países europeus foi a monarquia constitucional. As primeiras constituições se limitavam a enunciar regras de repartição e de limitação do poder, principalmente as garantias individuais em face do poder estatal⁷. Até esse momento, a Constituição como documento formal ou procedimental organizava o exercício do poder, as fontes do direito e indicava *quem* manda e *como* manda, porém, permitindo ainda que os órgãos estatais decidissem *o que* mandar ou *o que* proibir.

Foi somente no século XX, sobretudo depois das experiências totalitárias vividas na Segunda Guerra Mundial, que se fez possível a evolução desse conceito de Estado de Direito para a incorporação da ideia de democracia e de Estado Constitucional Democrático ou Estado Constitucional de Direito. A expansão do nacional-socialismo demonstrou que a lei também poderia se converter em instrumento de injustiça e opressão a minorias e que já não bastava o regime de mera legalidade do Estado Legislativo de Direito sem preocupação com o conteúdo da lei.

⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**, 17, 2001, p. 32.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. e-book [versão kindle].

Operou-se, então, o que Luigi Ferrajoli denominou “segunda revolução jurídica”, com a promulgação de Constituições rígidas, que passaram a sujeitar toda a produção jurídica à obediência a direitos fundamentais e princípios axiológicos nelas sancionados. Passou-se de um *Estado Legislativo de Direito* regido por um princípio de *mera legalidade* a um *Estado Constitucional de Direito* regido por um princípio de *estrita legalidade*, no qual a própria lei também está submetida à norma superior que limita e disciplina seu conteúdo⁸.

É precisamente esse fator que caracteriza, na visão de Luis Prieto Sanchís, as democracias modernas, a “pretensão de submissão do direito ao direito”, isto é, a existência de uma Constituição rígida, que não regula apenas aspectos formais de produção da norma jurídica, mas o próprio conteúdo da norma produzida, vinculando o legislador ao cumprimento de normas constitucionais, especialmente os direitos humanos e os princípios de justiça material, que antes se situavam na esfera da moralidade, fora do direito, e nesse momento penetraram no ápice do ordenamento jurídico, como fundamento de validade e de legitimidade de todo o sistema⁹.

Essa nova racionalidade permitiu um enorme aperfeiçoamento da democracia e do Estado de Direito com a limitação do poder estatal (ao menos no plano normativo), e o reconhecimento de que as garantias fundamentais, a todos pertencente, estão protegidas por norma rígida de natureza constitucional e não podem ser suprimidas nem mesmo pela vontade da maioria. Nessa conformação, todos os espaços de poder, incluído o poder punitivo, estão rigidamente limitados por uma “esfera do indecível” (o que não se pode fazer e o que não se pode deixar de fazer) que é constituída por direitos fundamentais supraordenados e insuscetíveis de disposição¹⁰.

A esse respeito, Alfredo Copetti Neto observa:

A chamada esfera do indecível é o ponto cerne da teoria garantista que rompe com a falácia formal da liberal-democracia, isto é, que desmente aquele sistema fundado sob uma série de regras destinadas a proteger incondicionalmente a onipotência política da maioria e a absoluta liberdade de mercado. Nesse sentido, a esfera do indecível

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016, p. 461.

⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 33-34.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 2. Teoría de la democracia, 2016, p. 45.

determina ao exercício das autonomias política e civil o que é vedado decidir à garantia dos direitos de liberdade, e o que é obrigatório ao exercício da autonomia política decidir para a garantia dos direitos sociais. É dessa composição que surge a democracia constitucional, pois dotada, além da dimensão formal, que vem assegurada por um conjunto de regras do jogo, de uma dimensão substancial da qual depende a qualidade do jogo democrático¹¹.

A realização de direitos fundamentais assegurados em norma fundamental dirigida à coletividade e não a pequeno grupo de abastados erige-se à condição de razão de Estado. Diante disso, a atuação de todas as instituições governamentais deve voltar-se ao cumprimento desse projeto constitucional.

Luigi Ferrajoli indica, nesse ponto, a existência de um princípio de plenitude das garantias, segundo o qual todo o ato de exercício do poder, na esfera pública ou privada, deve estar submetido a requisitos formais e materiais de validade que “no paradigma do constitucionalismo democrático consiste essencialmente nos direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições como vitais”¹².

Não se pode deixar de observar, porém, a existência de um enorme descompasso entre o modelo jurídico e a realidade (entre o dever-ser e o ser do direito), o que se verifica de forma dramática no plano punitivo, especialmente, no sistema carcerário: “a programação normativa baseia-se em uma ‘realidade’ que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente”¹³.

Essa divergência entre normatividade e realidade que, conforme Luigi Ferrajoli, é um “aspecto fisiológico da fenomenologia jurídica”¹⁴, tornou-se algo patológico no sistema carcerário brasileiro a ponto de a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) afirmar que o encarceramento no Brasil representa risco à vida e à integridade física do preso e constitui, por si só, situação de tratamento cruel, desumano e degradante:

¹¹ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.125 (sem grifos no original).

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016, p. 217 (tradução nossa).

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 12.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016, p. 76 (tradução nossa).

Nos últimos 20 anos, a Comissão vem dedicando especial atenção às condições deploráveis de detenção que caracterizam as instituições de privação de liberdade no Brasil, que, além dos sérios riscos à vida e à integridade das pessoas privadas de liberdade, constituem *per se* situações de tratamento cruel, desumano e degradante. Essas condições envolvem níveis alarmantes de superlotação, em sua maioria de pessoas afrodescendentes, infraestrutura precária, falta de separação entre pessoas *sub judice* e condenadas e notável insuficiência de agentes penitenciários. Além disso, prevalecem cuidados médicos negligentes, alimentação inadequada devido à sua escassez e baixo valor nutricional, falta de higiene, acesso inadequado à água, falta de itens essenciais, falta de programas eficazes de reintegração social e falta de tratamento diferenciado em relação aos diferentes tipos de população. Da mesma forma, nos centros de privação de liberdade, existem situações que ameaçam a integridade pessoal dos visitantes das pessoas detidas, principalmente através da realização das chamadas inspeções vexatórias¹⁵.

O STF, no mesmo sentido, reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional nos presídios brasileiros, em razão da negação sistemática de direitos fundamentais ao recluso. O Min. Celso de Mello, sobre o contexto descrito, foi enfático:

a situação precária e caótica do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, ao longo de décadas, vem subvertendo as funções primárias da pena, constituindo, por isso mesmo, expressão lamentável e vergonhosa da inércia, da indiferença e do descaso do Poder Executivo, cuja omissão tem absurdamente propiciado graves ofensas perpetradas contra o direito fundamental, que se reconhece ao sentenciado, de não sofrer, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física e, notadamente, à sua essencial dignidade pessoal. A questão penitenciária, em nosso País, já há muitos anos, transcendendo a esfera meramente regional, tornou-se um problema de dimensão eminentemente nacional, tal a magnitude que nesse campo assumiu o crônico (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, de que tem derivado, como efeito perverso, o inaceitável desprezo pelas normas que compõem a própria Lei de Execução Penal¹⁶.

A negação sistemática de direitos fundamentais ao recluso e a acentuada degradação de valores constitucionais transformou o cumprimento da pena no Brasil em uma forma de institucionalização da crueldade como política de Estado e, por

¹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UFxJhS>. Acesso em: nov. 2022.

¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 09-09-2015 (sem grifo no original).

consequência, um risco à democracia constitucional, que se caracteriza pela vinculação do poder público a um projeto garantista de tutela a direitos fundamentais.

Essa miséria do cárcere brasileiro é antiga e não decorre da inexistência de garantias jurídicas à tutela da integridade física do preso. A primeira Constituição do país, de 1824, já proibía a tortura e as penas cruéis e já estabelecia regras mínimas de salubridade no ambiente prisional (art. 179, XIX e XXI). Antes mesmo da proclamação da independência, como apontou Fernando Salla, o então príncipe regente, D. Pedro, já proibira por decreto a “masmorra estreita, escura ou infecta”, porque a prisão haveria de servir apenas “para guardar as pessoas e nunca para adoecer e flagelar”¹⁷.

A questão, portanto, não é e nunca foi de inexistência de normas, inclusive de natureza constitucional, que asseguram o dever de respeitar a integridade física e psíquica do preso, mas de efetividade da norma ou, melhor, de aprimoramento das garantias que asseguram efetividade às normas de proteção ao recluso.

Essas garantias de efetividade, seguindo uma vez mais a lição de Luigi Ferrajoli, são identificadas como primárias ou de primeiro grau, ou secundárias ou de segundo grau: na primeira hipótese, se referem a uma proibição de lesão ou a uma obrigação de prestação; na segunda, a uma obrigação de anulação de atos lesivos e de responsabilização diante de lesões¹⁸.

De forma correlata, há também as normas primárias que “estabelecem obrigações e proibições, incluídas portanto as garantias primárias, e normas secundárias que predispõem as garantias secundárias de anulação ou sanção na hipótese de violação de normas e garantias primárias”¹⁹. As diversas normas do ordenamento jurídico brasileiro que proíbem as penas cruéis, por exemplo, são garantias primárias do direito à integridade física e psíquica e, principalmente, do respeito à dignidade humana; por outro lado, a norma que impõe ao juiz a obrigação de interditar, no todo ou em parte, o presídio que funcione em condições inadequadas ou com infringência a dispositivos legais é uma garantia secundária àqueles direitos (Lei de Execução Penal, art. 66, VIII).

¹⁷ SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. 2. ed. São Paulo: Annablume-Fapesp, 2006, p. 43.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016, p. 631.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2018, p. 25 (tradução nossa).

Todas as normas que tutelam a integridade física e psíquica do preso e garantem observância à dignidade da pessoa humana no ambiente prisional são garantias primárias àqueles direitos e todas as normas que visam a reparar o dano ou restabelecer o direito à integridade física e psíquica e à dignidade humana são garantias de segundo grau.

As garantias de segundo grau, porque impõem a anulação de um ato ilícito e/ou reparação ao direito violado, têm caráter subsidiário, na medida em que só incidem ante o descumprimento das garantias primárias. Além disso, têm natureza processual e não operam espontaneamente: “dependem, na prática, do bom funcionamento dos órgãos de justiça”²⁰.

As garantias, primárias ou secundárias, são pois um sistema de obrigações e limitações impostas ao poder público, por isso, Luigi Ferrajoli afirma que o garantismo jurídico é a outra face do constitucionalismo, “a cuja história, teórica e prática, se encontra estreitamente vinculada em seu desenvolvimento”²¹. As Constituições surgiram para limitar o poder estatal e as garantias, primárias e secundárias, são instrumentos de efetivação das normas constitucionais.

O sistema carcerário brasileiro, marcado por um *estado de coisas inconstitucional*, conforme reconheceu a mais alta Corte do país, se ressentia de um descumprimento generalizado das garantias primárias (garantias de direitos) e de um altíssimo grau de inefetividade das garantias secundárias (dever de anulação de atos inválidos e/ou sanção por atos ilícitos).

1.1 A função de garantia do Poder Judiciário e as violações a direitos fundamentais da pessoa presa

O processo de constitucionalização de direitos fundamentais trouxe, como visto acima, uma cláusula material ao direito e à democracia: a validade da lei exige, além do cumprimento de requisitos formais de elaboração e promulgação, a obediência a vínculos e limites impostos por norma superior, de nível constitucional; e

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016, p. 657 (tradução nossa).

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista**: filosofía crítica del derecho penal. Madrid: Editorial Trotta, 2018, p. 25 (tradução nossa).

a democracia constitucional, mais que uma regra de maioria, exige a observância de limites e vínculos materiais impostos a todos os poderes para a garantia de direitos fundamentais de todos, inclusive daqueles pertencentes a minorias²².

Essa nova compreensão constitucional da legalidade enquanto *legalidade estrita* acarretou, como percebeu Perfecto Andrés Ibáñez, um incremento do âmbito de justiciabilidade ou litigiosidade envolvendo direitos fundamentais e um “reforço do papel da jurisdição”, de cujo exercício passou-se a pressupor um filtro constitucional e uma leitura crítica em todo momento e em todos os processos²³.

A própria ideia de supremacia constitucional, que caracteriza o Estado Constitucional de Direito, está fundada na existência de uma garantia de jurisdição, que assegura a força normativa do texto constitucional, como aponta Luis Prieto Sanchís: “se a Constituição é uma norma jurídica que impõe direitos e obrigações, parece de todo indispensável um sistema efetivo de tutela jurisdicional, de modo não muito diferente a como nos parece indispensável em relação a todas as leis”²⁴.

A cláusula jurisdicional para garantir a força normativa da Constituição, que não pode se resumir a uma carta de intenções, se desenvolve por meio do controle concentrado de constitucionalidade e, de forma mais incisiva e contundente, pelo controle difuso exercido por todos os juízes:

Porque a justiça constitucional verdadeiramente indispensável não é a do Tribunal Constitucional, mas a da jurisdição ordinária. E isto mesmo em termos quantitativos evidentes, pois quantas sentenças de inconstitucionalidade são proferidas e quantas respondem por violação de preceitos materiais? Quantos recursos de amparo não são sequer admitidos para processamento? Porém, não é uma questão de números, que apenas nos mostram que a maior parte dos assuntos constitucionais, vale dizer, dos problemas jurídicos em que se faz presente a Constituição, ocorrem fora do Tribunal Constitucional, como não poderia ser de outra forma. O que é decisivo é que uma Constituição de denso conteúdo material que permeia todo o ordenamento jurídico e que também se pretende garantida, só pode ser aplicada por meio de procedimentos ordinários de defesa de direitos e interesses; e os juízes devem necessariamente levá-la em

²² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016, p. 414-415.

²³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Tercero en discordia**: jurisdicción y juez del estado constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2015, p. 124.

²⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 155 (tradução nossa).

consideração em todos os processos, juntamente com a lei, mas com preferência à lei²⁵.

O Poder Judiciário do Estado Constitucional de Direito se afasta, portanto, do antigo “*low profile* institucional” e “assume-se como um poder político, colocando-se em confronto com outros poderes de Estado, em especial com o Executivo”, para garantia de direitos e controle da legalidade e do abuso de poder²⁶.

É desse papel de garantia de direitos constitucionais estabelecidos a toda a cidadania, inclusive a grupos minoritários ou impopulares como os encarcerados, que se extrai a legitimidade e a independência do Poder Judiciário diante dos outros poderes, que são de maioria, conforme avaliação de Luigi Ferrajoli:

Nesta sujeição do juiz à Constituição, e, em consequência, no seu papel de garante dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, encontra-se o principal fundamento atual de legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, Legislativo e Executivo, ainda que sejam – ou precisamente porque são – poderes de maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais sobre os quais se baseia a democracia material são garantidos de forma incondicional a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles servem para fundar, melhor do que o velho dogma positivista da sujeição à lei, a independência do Poder Judiciário, que está especificamente concebido para garanti-los²⁷.

A função jurisdicional, nesse aspecto, é um dever essencialmente contramajoritário para o cumprimento de direitos fundamentais mesmo em face da vontade da maioria, a qual, no âmbito criminal, se mostra punitivista, despreocupada com o devido processo e insensível à garantia de direitos no ambiente carcerário:

A legitimidade da jurisdição não é (não deveria ser) democrática, ao menos se por tal entendermos aquela que repousa na vontade da maioria. E isto não só porque a maioria tende a conceber o direito penal como um instrumento inesgotável de defesa social, o que no fim pode desembocar em um terrorismo penal, mas sobretudo por uma razão que poderíamos chamar de funcional: a função da jurisdição consiste em uma garantia secundária em caso de violação das

²⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 170 (sem grifo no original).

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 22.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 26-27.

garantias primárias estabelecidas para o cumprimento dos direitos fundamentais, bem como zelar pela satisfação das garantias penais e processuais estabelecidas para a proteção dos direitos fundamentais do acusado; e por isso, da mesma forma que todos estes direitos se configuram como limites ou triunfos sobre a maioria, também a jurisdição acaba por ser um poder contra a maioria²⁸.

No modelo constitucional brasileiro, a garantia da jurisdição para cumprimento de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição também é um dever de todos os juízes, desde aqueles incumbidos da jurisdição ordinária aos ministros do STF, que exercem a jurisdição constitucional e, inclusive, de forma peculiar, por órgão externo de controle da atividade judicial, o CNJ. A Corte IDH, ainda que excepcionalmente, também exerce jurisdição para a garantia de direitos fundamentais.

Foi nesse mister que o STF reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e determinou providências concretas, ainda que tímidas, para uma tentativa de solucionar o problema prisional, por exemplo, o descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN)²⁹.

A maior conquista obtida com essa decisão, para além das providências ali determinadas, que não resolveram a situação calamitosa do sistema carcerário, foi a declaração da censura, o reconhecimento formal de uma ilegalidade generalizada e a imposição de um constrangimento epistêmico para quem atua no mundo ficcional, no negacionismo jurídico das decisões judiciais e administrativas que não se coadunam com a situação vexaminosa do sistema carcerário brasileiro³⁰.

O Min. Luís Roberto Barroso alude, a esse respeito, a um papel iluminista do STF, isto é, o dever de “promover uma razão humanista que conduz o processo

²⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: lustel, 2011, p. 152 (sem grifo no original).

²⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 09-09-2015.

³⁰ A respeito do constrangimento epistêmico, Lenio Luiz Streck ensina que pode ser entendido como “mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno. Isto porque o problema central desse sujeito ‘assujeitador’, alude Mattéi, reside na indiferença radical por ele manifestada em relação a qualquer forma de exterioridade, quer seja divina, mundana, quer social. O sujeito torna-se estranho a tudo que não é ele, como se os olhos se tivessem virado nas órbitas para olharem apenas para suas próprias cavidades (2002). Quando alguém diz que decide como quer ou que decide conforme a sua consciência, está dizendo que o que lhe é exterior não o constrange a ponto de alterar a sua opinião. Somente o constrangimento epistêmico pode derrotar a subjetividade particularista, problemática que no Direito assume uma importância ímpar”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e na liberação de homens e mulheres”³¹.

O Min. Marco Aurélio Mello também reconheceu no julgamento da ADPF n. 347 a imprescindibilidade da garantia de jurisdição para temas sensíveis e impopulares, como o respeito à dignidade humana no ambiente carcerário, que não sensibilizam a opinião pública e, por isso, encontram-se em um ponto cego legislativo (*legislative blindspot*):

Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. [...]. É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não o alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais³².

Outro importante exemplo da função de garantia exercida no âmbito da jurisdição constitucional para limitar o poder punitivo foi a edição da súmula vinculante n. 56, que proíbe a manutenção do preso em estabelecimento penal inadequado e aponta diretrizes concretas para os juízes de execução penal, na forma estabelecida no RE 641.320/RS³³.

Nas instâncias ordinárias, o papel de garantia é exercido desde que comunicada a existência de uma infração penal à autoridade policial por meio do controle dos atos do inquérito; durante o trâmite da ação penal para observância das garantias inerentes ao devido processo legal; e, de forma muito destacada, durante a execução da pena, quando o juiz deve impedir o agravamento da situação do preso

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

³² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 09-09-2015 (sem grifos no original).

³³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 641.320/RS. Rel. Min Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. 11-05-2016.

para além do estabelecido na sentença condenatória e na lei, com uma atuação de natureza preventiva para o correto cumprimento da pena e, em última hipótese, com a interdição do estabelecimento prisional (LEP, art. 66, VI, VII e VIII).

O CNJ, órgão de controle externo da atividade judicial, também exerce função de garantia, ainda que de forma atípica, como ocorreu, por exemplo, quando determinou a realização de audiências de custódia em todo o país em aplicação direta da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou quando estabeleceu procedimentos e diretrizes relacionados ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti e intersexo (LGBTI), no sistema carcerário, possibilitando, inclusive, manifestação da preferência quanto ao local de privação de liberdade³⁴.

A Corte IDH, órgão jurisdicional com competência consultiva e contenciosa, também cumpre essa função, embora de maneira limitada e subsidiária, na medida em que, diversamente do sistema europeu, não se permite acesso direto do cidadão ao tribunal e se exige o esgotamento dos recursos internos.

Em relação ao sistema carcerário brasileiro, a Corte IDH já emitiu inúmeras medidas provisórias na tentativa de evitar graves violações de direitos humanos, com fundamento no art. 63.2 da Convenção Americana:

Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Destacam-se, a propósito, as resoluções relativas ao Instituto Plácido de Sá Carvalho/RJ, de 22 de novembro de 2018, e ao Complexo Penitenciário de Curado/PE, de 28 de novembro de 2018, em que a Corte IDH determinou o cômputo

³⁴ Respectivamente: BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas; BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 348, de 9 de outubro de 2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

em dobro da pena cumprida em situação degradante decorrente de extrema superlotação³⁵.

1.2 A internacionalização dos direitos humanos e o papel das convenções internacionais na proteção de direitos do preso

A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos se inicia de forma fragmentada, na segunda metade do século XIX, e se estende até a Segunda Guerra Mundial, operando, em um primeiro momento, no combate à escravidão, na proteção de feridos em guerras e na proteção do trabalhador assalariado³⁶.

Tratava-se de leis esparsas que, todavia, reconheciam de forma incipiente uma limitação da soberania estatal em um projeto de ressignificação do indivíduo como sujeito de direito internacional, consolidando “a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional”³⁷.

Não se protegiam todos os direitos essenciais, mas apenas de algumas categorias de indivíduos (estrangeiros, por exemplo); não havia acesso a instituições internacionais de supervisão, como ocorre hoje; e havia confusão entre os direitos dos indivíduos e o direito dos Estados, como ocorria com a proteção diplomática³⁸.

A efetiva consolidação do direito internacional dos direitos humanos, como explica Flávia Piovesan, se deu apenas a partir do pós-guerra, como resposta à barbárie do nazifascismo:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do complexo penitenciário de Curado. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: jan. 2023.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 67.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *e-book* [versão kindle].

ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos³⁹.

Os regimes totalitários instalados na Europa na primeira metade do século XX demonstraram que apenas a proteção local era insuficiente para a garantia do indivíduo, conforme descreve André de Carvalho Ramos:

Como proteger os direitos dos indivíduos se as leis e Constituições locais falhassem? Além disso, esses regimes totalitários, além de violar os direitos dos seus próprios nacionais, também praticaram políticas internacionais de agressão. Reconheceu-se, então, uma vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional⁴⁰.

O processo de internacionalização dos direitos humanos, desde então, culminou em uma sensível limitação da soberania estatal para uma proteção mais eficaz desses direitos que permitisse, inclusive, responsabilizar os entes estatais, no âmbito internacional, quando falhasse a proteção do direito interno⁴¹.

Nesse contexto do pós-guerra e da necessidade de se oferecer uma resposta efetiva à tragédia do holocausto, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, “o verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos”⁴².

A partir da Carta das Nações Unidas, em 1945, observa Flávia Piovesan, “definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional”⁴³.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *e-book* [versão kindle].

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. *e-book* [versão kindle].

⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que representou historicamente um consenso sobre a universalidade de alguns valores compartilhados por toda a humanidade e não mais apenas por cidadãos de um ou de outro país e, sobretudo, a garantia de efetiva proteção dos direitos humanos até mesmo contra o Estado que os violou⁴⁴.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representou, pois, a consolidação do processo de internacionalização dos direitos humanos ou, nas palavras de Fábio Konder Comparato, a “culminância de um processo ético”, que “levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores”⁴⁵.

Norberto Bobbio, na mesma linha, registra que a Declaração Universal, na verdade, “representou o momento inicial da fase final de um processo” e, ao mesmo tempo, um “ponto de partida para uma meta progressiva”, pois os direitos ali destacados também têm caráter histórico e resultam de lutas para a melhoria da qualidade de vida, que ainda não cessaram. O maior de todos os desafios, atualmente, é o de “fornecer garantias válidas para aqueles direitos” e aperfeiçoá-los e atualizá-los, para não ficarem presos em “fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias”⁴⁶.

Em relação à imposição da pena e à proteção da pessoa privada de liberdade, a Declaração Universal inovou ao estabelecer formalmente – e com alcance universal – a proibição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º) em texto quase idêntico ao adotado 40 anos depois pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, III).

Soma-se, em seguida, à Declaração Universal de Direitos Humanos nesse processo de internacionalização e universalização, em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992), que – diversamente da Declaração Internacional – tem força vinculante de tratado internacional e proibiu expressamente a adoção de penas cruéis, desumanas e degradantes (art. 7º).

Posteriormente, no ano de 1984, em uma tentativa de conferir eficácia a essa proibição, foi promulgada a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. *e-book* [versão kindle].

⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 233.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. *e-book* [versão kindle].

Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Decreto n. 40/1991), que impôs aos Estados que a firmaram a obrigação de investigar e punir atos dessa natureza; a obrigação de educar os seus funcionários a respeito dessa proibição; assegurou o direito de representação a vítimas de tortura e ou tratamento desumano ou degradante; e, por fim, criou um Comitê contra a Tortura para receber reclamações e fiscalizar o cumprimento do tratado pelos Estados que o firmaram.

No Brasil, também foi adotado o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (Decreto n. 6.085/2007), que previu um sistema de visitas e de fiscalização por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares nos quais pessoas se encontram privadas de liberdade, além de um subcomitê contra a tortura, e um mecanismo preventivo nacional, instituído com a promulgação da Lei n. 12.847/2013, ambos com autoridade para formular recomendações a autoridades penitenciárias.

O processo de internacionalização dos direitos humanos também se desenvolveu de forma regionalizada nos continentes europeu, africano e americano. No Brasil, destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 1969 em San José da Costa Rica, que enunciou direitos similares ao Pacto Internacional, mas, diversamente daquele, assegurou um sistema de monitoramento e implementação por meio da Comissão IDH e da Corte IDH⁴⁷.

Ambos os órgãos atuam com independência para a defesa dos direitos humanos, cabendo à Comissão IDH, na lição de Flávia Piovesan:

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos⁴⁸.

A Corte IDH, como sublinha Valerio de Oliveira Mazzuoli, assume função jurisdicional para resolver conflitos que importem violações de direitos pelos Estados que compõem a OEA:

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema interamericano, que resolve sobre os casos de violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados-Partes da OEA que tenham ratificado a Convenção Americana e aceitado a competência contenciosa da Corte. Trata-se de um tribunal com caráter supranacional, capaz de condenar os Estados-Partes na Convenção Americana por violação de direitos humanos⁴⁹.

Tanto a Comissão IDH como a Corte IDH, no exercício de suas funções de orientar, fiscalizar e controlar o cumprimento dos direitos enunciados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tiveram a oportunidade de se debruçar sobre o problema carcerário brasileiro e apresentar contribuições relevantes para uma tentativa de mitigar os entraves encontrados.

A Comissão IDH instou o Estado brasileiro, por ocasião da última visita, a implementar medidas judiciais, administrativas e legislativas para reduzir a população carcerária; a adotar a prisão preventiva dentro de critérios de excepcionalidade, legalidade e proporcionalidade; a criar uma política de drogas com uma abordagem de reintegração social e de saúde pública, evitando-se o tratamento repressivo e criminalizador; a garantir tratamento digno a pessoas custodiadas; a facilitar a denúncia de atos de tortura; a observar necessidades particulares de determinados grupos de presos em situação de extrema vulnerabilidade⁵⁰.

A Corte IDH também indicou, em casos concretos, o descumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no sistema carcerário brasileiro, especialmente em decorrência da superlotação⁵¹, e tem uma jurisprudência rica a respeito do controle de convencionalidade perante a realidade carcerária em todo o continente americano, destacando-se como ponto comum entre todos os julgados, como delineou Eugenio Raúl Zaffaroni, o reconhecimento da posição de garante e a

⁴⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁵⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UFxJhS>. Acesso em: nov. 2022.

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil**. Caso da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: jan. 2023; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do complexo penitenciário de Curado. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: jan. 2023; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

responsabilidade assumida pelo Estado, por ação e omissão, pela vida e integridade física dos presos e pelas condições de encarceramento conferida aos presos, especialmente aqueles inseridos entre os grupos vulneráveis⁵².

No Brasil, o CNJ, conferindo concretude no plano interno a esse processo de internacionalização dos direitos humanos, recomendou a todos os órgãos do Poder Judiciário a observância “da jurisprudência da Corte IDH, bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas”, além da “priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos”⁵³.

Esse reconhecimento da eficácia interna da jurisprudência da Corte IDH é mais um passo – gigantesco – no processo de internacionalização de direitos humanos, na medida em que não existe previsão no sistema regional americano de acesso direto do cidadão à Corte IDH, diversamente do sistema europeu.

É fundamental, porém, que os juízes brasileiros, em consonância com a Recomendação do CNJ, observem a jurisprudência da Corte IDH e se conscientizem da importância do processo de internacionalização dos direitos humanos, para uma efetiva extensão dos direitos fundamentais e suas respectivas garantias em âmbito global, em um movimento denominado por Luigi Ferrajoli de “constitucionalismo de direito internacional”⁵⁴.

Registra-se que, segundo a Corte IDH, os juízes dos Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estão obrigados a proceder a um controle de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção, inclusive com base na interpretação dada pela Corte, que é vinculante para os países signatários⁵⁵.

Nesse julgamento, o juiz Sergio García Ramírez apresentou voto fundamentado (*voto razonado*) e pontuou que a obrigação de controle de convencionalidade *ex officio* alcança todo o *corpus juris* convencional sobre direitos

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Control de convencionalidad y sistema carcelario. *In*:

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Control de convencionalidade**. Brasília: CNJ, 2016, p. 71.

⁵³ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Recomendação n. 123, de 07 de janeiro de 2022.

Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 152.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: maio 2023.

humanos, destacando-se aqui a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Esclareceu, ainda, que não faria sentido lógico a Corte julgar centenas ou milhares de casos sobre uma única questão convencional, concluindo que a sua jurisprudência é obrigatória para os Estados signatários:

Uma vez que a CADH e o Estatuto da Corte Interamericana – ambos produtos da vontade normativa dos Estados americanos que os emitiram – conferem à Corte a função de interpretar e aplicar a Convenção Americana (e, se for o caso, outros tratados: protocolos e convenções que preveem, com múltiplas fórmulas, a mesma atribuição dentro do *corpus juris* dos direitos humanos), compete a este órgão jurisdicional determinar o sentido e o alcance das regras contidas nesses sistemas internacionais. Dentro da lógica jurisdicional que sustenta a criação e o funcionamento da Corte, não seria de se esperar que ela tivesse que julgar centenas ou milhares de casos sobre uma única questão convencional – o que acarretaria enorme desvantagem para os indivíduos – ou seja, todos os litígios que surgem a todo momento e em todos os países, resolvendo um a um os atos de violação e garantindo, também um a um, os direitos e liberdades particulares. A única possibilidade tutelar razoável implica que, uma vez estabelecido o “critério de interpretação e aplicação”, ele seja incluído pelos Estados em todo o seu aparato jurídico: por meio de políticas, leis, sentenças que deem transcendência, universalidade e efetividade aos pronunciamentos da Corte constituída – insisto – graças à vontade soberana dos Estados e para servir às suas decisões fundamentais, explícitas em suas constituições nacionais e, claro, em seus compromissos de tratados internacionais⁵⁶.

Ressalta-se, ainda, que desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, em mais um passo nesse processo de expansão do direito internacional dos direitos humanos, todos os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais, isto é, tem força de norma constitucional.

Os tratados de direitos humanos anteriores à Emenda ou que não tenham sido aprovados no rito previsto no art. 5º, § 3º, gozam de hierarquia supralegal, porém *sem status* de norma constitucional, como passou a reconhecer o STF ao apreciar a

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: maio 2023 (tradução nossa – sem grifos no original).

legalidade da prisão do depositário infiel face ao art. 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁷.

Dessa forma, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que impõem limitações ao poder punitivo estatal e apontam diretrizes para o cumprimento da pena sob uma perspectiva de respeito à dignidade humana e que não foram ratificados conforme a dinâmica prevista no art. 5º, § 3º, gozam de hierarquia supralegal e impõem a todos os integrantes do sistema de justiça um controle de convencionalidade para adequação do sistema carcerário brasileiro ao padrão imposto por aqueles documentos.

Existem, ainda, vários outros importantes documentos internacionais que não podem ser considerados tratados internacionais, portanto, não gozam de força vinculante, mas cumprem relevante função de interpretar e orientar práticas penitenciárias e formular políticas públicas para pessoas privadas de liberdade.

Destacam-se, primeiramente, entre esses documentos, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (“Regras de Mandela”), aprovadas em 2015 pela Assembleia Geral da ONU, para revisar e atualizar as antigas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, utilizadas por 60 anos, mas que não refletiam mais os avanços conquistados nas últimas décadas na promoção de direitos humanos no ambiente carcerário⁵⁸.

O novo documento resultou de consenso de especialistas, buscou traçar elementos comuns verificados em sistemas prisionais contemporâneos e estabelecer um roteiro de boas práticas no tratamento de presos e na gestão prisional.

Passou-se a reconhecer diretamente princípios que devem nortear a atuação de todos os agentes do sistema carcerário, sobressaindo-se: (a) o respeito à dignidade humana é a principal diretriz do tratamento penitenciário; (b) não há possibilidade de adoção de penas cruéis ou degradantes em nenhuma hipótese; (c) a privação de liberdade é aflitiva por natureza e o sistema prisional não deve agravar

⁵⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 466.343-1. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008.

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice**. Nova Iorque, 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/compendium/English_book.pdf. Acesso em: jan. 2023.

essa situação; (d) os presos devem ser tratados com imparcialidade e isonomia, não se admitindo discriminações fundadas na raça, origem ou crença; (e) a administração penitenciária deve considerar as necessidades individuais de cada preso, especialmente aqueles inseridos em grupos particularmente vulneráveis, a exemplo das pessoas com deficiência; (f) a privação de liberdade visa proteger a sociedade e evitar a reincidência, o que somente pode ser alcançado com um projeto de reintegração social; (g) deve-se buscar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade, preservando-se a responsabilidade do preso e o respeito à sua dignidade enquanto ser humano.

Ao lado desses princípios gerais, as Regras de Mandela também contêm diretrizes específicas para a administração dos presídios, com regras que visam resguardar a salubridade no ambiente prisional, além de garantias de saúde e proteção à integridade física e psíquica do preso.

Nada disso, infelizmente, acarretou melhorias no sistema carcerário brasileiro, ainda que o país tenha colaborado ativamente para elaborar e aprovar o documento, conforme avalia o Min. Ricardo Lewandowski:

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras Mínimas e sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2015, até o momento não está essa normativa repercutida em políticas públicas no país, sinalizando o quanto carece de fomento em nosso país a valorização das normas de direito internacional dos direitos humanos⁵⁹.

No âmbito regional, a Comissão IDH, reconhecendo a “crítica situação de violência, superlotação e falta de condições dignas de vida em diferentes locais de privação de liberdade nas Américas”, também publicou uma série de Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas⁶⁰.

O documento reafirma a jurisprudência da Corte IDH na questão carcerária, especialmente o reconhecimento da posição de garante assumida pelo Estado em relação às pessoas privadas de liberdade, e indica princípios gerais, sobressaindo-se o reconhecimento da excepcionalidade da privação de liberdade, a legalidade penal,

⁵⁹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi (coord.), 2016.

⁶⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios e boas práticas para a proteção de pessoas privadas de liberdade nas Américas**, 2008. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: jan. 2023.

a observância do devido processo, o controle judicial da execução da pena, o direito de defesa na execução da pena, além de regras específicas para se proteger a integridade física e psíquica do preso⁶¹.

A Comissão IDH ainda destaca nesse documento, de forma inovadora, que o Estado deve adotar medidas efetivas contra a superlotação, que por si só pode resultar em tratamento cruel e degradante, e reconhece a função de garantia do poder Judiciário ao impor aos juízes a obrigação de “adotar medidas corretivas adequadas na ausência de regulamentação legal efetiva”, para controle da lotação carcerária⁶².

Destaca-se, ainda, no contexto de internacionalização dos direitos humanos de pessoas privadas de liberdade, a aprovação das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas, conhecidas como Regras de Bangkok⁶³. Como a questão prisional, tradicionalmente, é discutida sob a ótica masculina, o documento reconhece, como princípio básico, que as mulheres têm demandas específicas, e que a igualdade de gênero somente será alcançada se consideradas as distintas necessidades das mulheres presas, especialmente em relação aos serviços de saúde, atendimento à gestante, possibilitando-se, ainda, a convivência com filhos, mesmo no ambiente prisional, observando-se sempre o melhor interesse da criança.

Outra conquista importante no processo de internacionalização dos direitos humanos foi a publicação dos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, que complementam as Regras de Mandela em uma perspectiva de proteção a grupos especialmente vulneráveis no ambiente carcerário, em razão da estigmatização, discriminação e violência baseada na orientação sexual. Impõe-se ao Estado a necessidade de adotar medidas efetivas para assegurar proteção, igualdade e tratamento humano⁶⁴.

Todos esses documentos internacionais criados para alargar a proteção de direitos humanos, aqui destacados no plano carcerário, requerem, ainda, efetiva

⁶¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios e boas práticas para a proteção de pessoas privadas de liberdade nas Américas**, 2008. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: jan. 2023.

⁶² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios e boas práticas para a proteção de pessoas privadas de liberdade nas Américas**, 2008. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: jan. 2023, Princípio VII.

⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Bangkok Rules**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf. Acesso em: jan. 2023.

⁶⁴ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: http://clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: ago. 2023.

implementação ou, dito de outra forma, necessitam ainda de garantias para serem efetivados.

Nesse ponto, relembra-se a importantíssima função de garantia de direitos exercida pelo Poder Judiciário, somando-se a necessidade de que o processo de jurisdicionalização também tenha como paradigma as normas de direito internacional de proteção de direitos humanos no ambiente prisional, seja por meio do controle de convencionalidade feito por juízes brasileiros, como recomendou o CNJ⁶⁵, seja por tribunais internacionais, como a Corte IDH.

Antônio Augusto Cançado Trindade observa, em retrospectiva, que a proteção de tribunais internacionais foi uma das maiores conquistas alcançadas no processo de internacionalização, iniciada com a Declaração Universal de 1948 e que deve avançar, neste momento, para se garantir acesso direto do indivíduo a instâncias internacionais:

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge que se reconheça o acesso direto dos indivíduos àquelas instâncias (sobretudo as judiciais), a exemplo do estipulado no Protocolo 1.9 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (1990). Concede este último um determinado tipo de *locus standi* aos indivíduos ante a Corte Europeia de Direitos Humanos (em casos admissíveis que já foram objeto da elaboração de um relatório por parte da Comissão Europeia de Direitos Humanos)⁶⁶.

Independentemente do acesso direto a tribunais internacionais, que, embora desejável, parece ainda algo distante no contexto americano, seria dado um passo enorme no sistema de proteção se reconhecidas, no Brasil, de forma efetiva, a autoridade e a jurisprudência da Corte IDH como paradigma para as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros.

⁶⁵ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Recomendação n. 123, de 07 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. **Revista IIDH**, San José, 26, 1997, p.11-46. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/4331837a-c745-4ab7-bd1d-e79160b7305a>. Acesso em: jan. 2023.

Nesse ponto, o Brasil, por expressa disposição constitucional, está regido, em suas relações internacionais, entre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), o que significa, conforme ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, uma vinculação de todos os poderes estatais, incluído o Poder Judiciário, ao cumprimento desse marco normativo e, mais que isso, “a abertura da ordem nacional ao sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos”⁶⁷.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

2 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À PUNIÇÃO, O GARANTISMO CONTRAMAJORITÁRIO E A HUMANIDADE DAS PENAS

O Estado de Direito, em uma concepção garantista, é aquele dotado de instrumentos de limitação do poder, por meio de observância da legalidade estrita e da instrumentalização dos poderes estatais para a garantia de direitos fundamentais, pela incorporação, no texto constitucional, de deveres públicos correspondentes à proibição de lesão a direitos de liberdade, à satisfação de direitos sociais e o correlato poder do cidadão de buscar a tutela judicial⁶⁸.

Desse duplo predicado – observância da legalidade estrita e funcionalização dos poderes de Estado para o cumprimento de direitos fundamentais assegurados em âmbito constitucional – decorre a legitimidade, formal e material, do Estado de Direito⁶⁹.

No plano punitivo, a incorporação de normas de natureza penal no texto constitucional visa evitar a imposição de castigos arbitrários a quem afronta o poder punitivo e, em se tratando de normatização de direitos fundamentais, por essência universais, protegem a todos, independentemente da gravidade da ofensa à sociedade, e não podem ser derogados nem mesmo pela vontade da maioria. Disso decorre a natureza contramajoritária das limitações constitucionais à punição e se pode falar de um garantismo contramajoritário. Luigi Ferrajoli avalia que a primeira regra de convivência civil de todo pacto constitucional não é sobre o que se pode decidir por maioria, mas sobre o que não se pode decidir, em nenhuma hipótese, nem pela maioria, nem pelo consenso de todos os cidadãos:

Mesmo a mais perfeita democracia política, representativa ou direta, seria um regime absoluto e totalitário se o poder do povo fosse ilimitado. Suas regras são sim as melhores para determinar quem pode decidir e como deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer decisão ou uma não decisão⁷⁰.

Todas as normas penais previstas na Constituição para a tutela de direitos fundamentais, portanto, limitam a atuação dos poderes de maioria na adoção de

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 856-857.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. p. 857 (tradução nossa).

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. p. 859 (tradução nossa).

políticas criminais, evitando um punitivismo desenfreado, e impõem um critério de atuação durante a execução da pena em consonância com valores garantistas.

2.1 O princípio da humanidade da pena como fundamento e limite da punição

A primeira e mais importante diretriz garantista, durante a execução da pena, é a imposição de um padrão de atuação estatal em conformidade com a garantia da dignidade da pessoa humana, que é um princípio fundante da República (art. 1º, III, da CF/1988), e fonte de todos os direitos fundamentais, destacando-se aqueles correlacionados ao exercício concreto do poder punitivo, como a vedação à tortura e a todas as penas que venham a assumir feição cruel, desumanas e degradantes.

A garantia de humanidade na punição também está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer em seu art. 5.2, que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, e que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

As Regras de Mandela, da ONU, e os Princípios e Boas Práticas para as Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, da Comissão IDH, também reconhecem, logo no art. 1º, a necessidade de tratamento prisional compatível com a dignidade da pessoa humana, impondo um dever de proteção ao Estado.

A garantia constitucional da dignidade humana, por consequência, o princípio da humanidade da pena, possui altíssima densidade normativa, que não deixa de revelar, como lembra Manuel Atienza com apoio em Ernst Bloch, uma “consciência antecipadora de um mundo melhor”, uma projeção para o futuro e, nesse sentido, uma “utopia jurídica”⁷¹.

A ideia de um valor intrínseco ao ser humano, independentemente de qualquer circunstância, é antiga e encontra raízes no pensamento filosófico clássico e na doutrina judaico-cristã⁷². Contudo, a ideia de humanidade na punição é recente e se consolidou apenas no século XVIII, com o Iluminismo, em reação à crueldade e

⁷¹ ATIENZA, Manuel. **Sobre la dignidad humana**. Madrid: Editorial Trotta, 2022, p. 128.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 32.

atrocidade das penas impostas de forma arbitrária e desproporcional durante o período do Absolutismo.

Com a derrocada do Antigo Regime e o surgimento do ideário liberal, buscou-se ressignificar a pena, que não mais figurava uma reafirmação da autoridade do rei, mas uma punição aplicada em nome da própria sociedade, qualificando-se o criminoso, desde então, não mais como o inimigo do soberano, mas como violador do pacto social, portanto, um inimigo da sociedade⁷³.

A filosofia iluminista propunha, ainda, a secularização do Estado, não mais compatível com o direito penal do Antigo Regime, que confundia punição com penitência religiosa; a arbitrariedade e a desproporcionalidade da pena não se coadunavam com o novo propósito racionalista, e a punição desprovida de benefício social não estava de acordo com o utilitarismo próprio do Iluminismo⁷⁴. Nesse sentido, ensina Oswaldo Henrique Duek Marques:

A pena, nesse contexto, perdia igualmente seu caráter religioso. O predomínio da razão sobre as questões espirituais, por influência dos enciclopedistas e filósofos iluministas, contribuiu para afastar o caráter de penitência, outrora inserido na anatomia dos suplícios. As leis penais e as punições teriam então de passar pelo crivo da racionalidade em interesse da sociedade, afastando-se das justificativas metafísicas ou teológicas⁷⁵.

Foi no contexto desse marco de ideias que Beccaria publicou, em 1764, *Dos delitos e das penas*, inaugurando a escola clássica do direito penal, com uma nova fase de humanização, introduzindo ideias de proporcionalidade, modernização e eficiência da punição, considerando princípios humanistas e utilitaristas⁷⁶.

A obra, como lembra Salo de Carvalho, não surgiu de “forma afoita ou desvinculada de um imaginário sobre o direito penal”, mas Beccaria teve o mérito de ser o maior divulgador das ideias de um grupo de reformadores lombardos, que se identificavam com a *Accademia dei Pugni*:

⁷³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 103.

⁷⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra, 2007, p. 18-19.

⁷⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 103.

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1998.

Faziam parte desse seleto grupo milanês, dentre outros, Giuseppe Visconti di Saliceto, Luigi Lombertenghi, Antonio Menafoglio, Alfonso Longo, Giovan Batista Biffi, Pietro Secchi Comnemo ('il signore filosofiche'), a bela Antonia Belgioioso e, logicamente, Cesare de Beccaria e os irmãos Alessandro e Pietro Verri. Essa agremiação de pensadores da vida cultural e civil, organizada pelo fundador Pietro Verri, embriagada pelo enciclopedismo de Diderot e d'Alambert e pelas obras de Montesquieu, Voltaire e Rousseau, passa a divulgar surpreendente produção literária, entre as quais estão *Meditazioni sulla felicità* (1763), de Pietro Verri; *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria; e *Il Caffé*, periódico criado e dirigido por Pietro Verri, publicado entre os anos de 1764 e 1766, cujo intuito era fazer uma guerra incessante para melhorar as pessoas⁷⁷.

O autor italiano repudiou com veemência os castigos cruéis e excessivos praticados durante o Antigo Regime, os quais entendia como instrumento de fanatismo de tiranos; rechaçou o caráter retributivo da pena, que deveria assumir uma função de prevenção especial e geral; e defendeu, ainda, a abolição da pena de morte, que considerava brutal e criminógena, em razão do exemplo de atrocidade dado à sociedade. Beccaria aceitava a pena de morte em apenas duas hipóteses: nos instantes de confusão generalizada, quando se substitui a lei pela desordem, e toda a nação está na iminência de perder ou recuperar sua liberdade, e quando um cidadão, embora preso, “graças as suas relações e ao seu crédito”, possa atentar contra a segurança da sociedade, causando uma revolução⁷⁸.

O prestígio alcançado por Beccaria e o coletivo de penalistas do Iluminismo foi imenso e permitiu avanços na ciência penal, sobretudo, uma nova compreensão da natureza, da função e dos limites da pena, além da “a positivação do princípio da humanidade das penas nas constituições pós-revoluções burguesas”⁷⁹.

Mesmo no Brasil, a importação do ideário liberal após a Proclamação da Independência permitiu a positivação da garantia de humanidade da pena na Constituição de 1824 (art. 179, XIX e XXI), embora isso não tenha refletido melhoria no sistema punitivo, que tolerava toda sorte de castigos físicos, mesmo em ambiente privado, para controlar a população escravizada.

Conforme observou Patrick Cacicedo:

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1998, p. 43-46.

⁷⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio da humanidade das penas. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 440.

No ambiente rural da colônia o poder punitivo se exercia de maneira privada, por meio do controle exercido pelo senhor sobre o escravizado, na relação Casa Grande/Senzala, com o intermédio da figura do feitor, aquele responsável pela administração do trabalho e dos castigos. Com a presença constante do tronco e do chicote nas fazendas, “a prática de castigar escravos sempre foi uma atribuição senhorial”. O destinatário do poder punitivo estava, portanto, escravizado nas fazendas, como propriedade do senhor, que aplicava a punição de sua própria maneira. [...] O limite entre o permitido e o proscrito na punição corporal privada era determinado pela razão escravista. Era excessivo aquilo que prejudicasse quem pune, e não quem é punido. Recomendava-se, nesse sentido, que os fins correccionais fossem exercidos até a proximidade dessa linha divisória, o que fez surgir tantos relatos de “excesso”. Enquanto o corpo negro aguentar, o excesso não se verifica. Na concretude da imposição, cabia ao feitor encontrar a forma mais indicada de castigo, aproximando-se do limite, sem ultrapassá-lo⁸⁰.

Em verdade, a despeito dos avanços teórico-normativo conquistados, o projeto iluminista de humanidade e moderação das penas nunca se realizou inteiramente. O que se viu, foi o surgimento de uma nova tecnologia da punição ainda mais ampla e igualmente incapaz de garantir respeito à dignidade humana.

Foi nesse período histórico do pós-iluminismo, mais precisamente entre o final do século XVIII e início do século XIX, que se verificou o triunfo da “opção custodial” com a transição da prisão-cautela para a prisão-pena, inaugurando-se a era do grande encarceramento, a partir da ideia do panóptico de Jeremy Bentham: “um lugar externo, fora do projeto jurídico, um lugar onde se pode ensaiar um Poder desvinculado dos limites formais do contrato que vinham se impondo na sociedade civil”⁸¹.

A reconfiguração da prisão como técnica de punição com o reforço de um discurso de justificação e uma retórica de ressocialização permitiu a expansão desmedida do poder punitivo, alcançando-se, atualmente, a marca de mais de 10 milhões de pessoas aprisionadas em todo o mundo⁸². Apenas no Brasil, segundo os dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional, são mais de 640 mil pessoas

⁸⁰ CACICEDO, Patrick. Punição e estrutura social no Brasil Colônia: o público e o privado na reprodução da ordem escravista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 193, nov.-dez. 2022, p. 363-389.

⁸¹ BEIRAS, Iñaki Rivera. **Recorridos y posibles formas de la penalidad**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, p. 70 (tradução nossa).

⁸² FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World prison population list: thirteenth edition**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Kh0iQt>. Acesso em: mar. 2023.

encarceradas⁸³ em situação de excessiva superlotação e degradação, sem acesso a condições mínimas de saúde, alimentação e segurança (mesmo no interior de um presídio).

Com o surgimento da prisão-pena, a crueldade, antes explícita em um ato público de demonstração de poder do soberano, tornou-se velada, camuflada em uma nova economia da punição, que suavizou o castigo para torná-lo mais efetivo, mais refinado, e multiplicado em inúmeros circuitos disciplinares⁸⁴.

Não se tratava mais de reafirmar a autoridade do soberano, mas de legitimar a subordinação e o controle social pela burguesia que ascendeu ao poder e, como ressalta Michel Foucault, permitir uma adequada gestão de ilegalidades, em que ilegalidade popular é submetida a um controle mais estrito e mais constante⁸⁵.

A garantia de humanidade, argumenta o filósofo, nunca foi a humanidade do criminoso, que violou o pacto, mas a humanidade dos cidadãos que firmaram e preservaram o contrato social e não deveriam perceber os efeitos da punição. A suavização não representou mais que uma técnica de controle dos efeitos da punição na população e não uma garantia para o apenado:

O sofrimento que deve ser excluído pela suavização das penas é o dos juízes ou dos espectadores com tudo o que pode acarretar de endurecimento, de ferocidade trazida pelo hábito, ou ao contrário de piedade indevida, de indulgência sem fundamento: o que se precisa moderar e calcular, são os efeitos do retorno do castigo sobre a instância que pune e o poder que ela pretende exercer⁸⁶.

A pena não perdeu o caráter aflitivo, porque nunca deixou de carregar uma punição que não se resume à privação da liberdade e se transformou, como analisa Eugenio Raúl Zaffaroni, em uma máquina deteriorante, cuja principal característica é a regressão e a transformação da personalidade do indivíduo, em razão da sua perda

⁸³ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 75.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 75.

⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 75 (sem grifos no original).

de autonomia e imersão em uma cultura de cadeia, que tem efeito criminógeno, precisamente o que em discurso se buscava evitar⁸⁷.

No entendimento de Luigi Ferrajoli, a prisão-pena não cumpriu a promessa de humanidade e isonomia na punição, mas representa uma contradição institucional: uma instituição total, controlada pelo Estado, em cujo interior não há regras e na qual vigora a lei do mais forte, seja dos agentes penitenciários ou de organizações criminosas; uma instituição incapaz de garantir direitos fundamentais, incluído o direito à vida, e onde se “reproduz o estado de natureza, sem regras e sem direitos, onde o *homo homini lupus* sobrevive e onde a máxima segurança externa é acompanhada pela máxima insegurança interna”⁸⁸.

No Brasil, o problema é ainda mais grave em razão da altíssima taxa de encarceramento, da superlotação e da inexistência de infraestrutura mínima para atender aos presos em questões básicas de saúde, alimentação, trabalho e educação para a vida em liberdade, tudo isso somado a uma cultura autoritária violenta e permissiva em relação ao descumprimento de garantias fundamentais de pessoas presas.

Eugenio Raúl Zaffaroni lembra que a prisão, nos países ricos, converteu-se em instituição de *tortura branca*, em que não há predomínio de violência física, mas nos países periféricos, como o Brasil, transformou-se em “campo de concentração, com mortes frequentes (*massacres por conta gotas*) e erupções por mortes em massa (*motins*)”⁸⁹.

Lembra-se, nesse ponto, que as mais graves violações de direitos fundamentais de pessoas presas no Brasil, que resultaram morte em decorrência de ação policial, rebeliões ou luta entre facções, ocorreram justamente nas últimas décadas, após a promulgação da CF/1988: em outubro de 1992, 111 presos foram mortos por ação da polícia militar no presídio do Carandiru, em São Paulo, e a ação penal para responsabilizar os envolvidos ainda não se encerrou; em julho de 2019, 62

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 135.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. In: ESPÍ, Josep García-Borés; BEIRAS, Iñaki Rivera. **La cárcel dispar**: retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los derechos humanos en el ámbito penitenciario. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2016, p. 334 (tradução nossa).

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 279.

presos foram mortos em uma briga de facções no presídio de Altamira, no Pará, com 16 decapitações e dezenas de mortes por asfixia. A administração penitenciária fora previamente alertada da excessiva superlotação e do reduzido número de agentes penitenciários para dar conta daquele número de presos⁹⁰; em janeiro de 2017, uma rebelião no complexo prisional de Manaus/AM terminou com 56 presos mortos e, em maio de 2019, no mesmo local, outros 55 presos foram mortos em uma disputa de facções criminosas⁹¹.

A violação generalizada de direitos fundamentais no Brasil, que não se resume aos grandes massacres, e se verifica difusa no cotidiano prisional, foi amplamente reconhecida por tribunais brasileiros – a exemplo do julgamento da ADPF n. 347 no STF – , e por mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos, como a Comissão IDH, que apontou que o mero encarceramento no Brasil constitui, por si só, situação de tratamento cruel, desumano e degradante⁹², e até mesmo pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em cujo relatório se lê:

Na maioria dos centros de detenção visitados, as condições de detenção equivaliam a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes devido à grave superlotação. Isto gerou uma atmosfera tensa, violenta e caótica no interior das instalações, em que os maus-tratos físicos e psicológicos aos reclusos – mulheres, homens e adolescentes – se tornaram a norma e têm um grande impacto nas condições de vida dos reclusos e no seu acesso a alimentos, água potável, cuidados de saúde, visitas familiares, defesa legal, apoio psicossocial e oportunidades de trabalho e educação, bem como sol, ar fresco e recreação. O Relator Especial observou condições agudamente insalubres em celas e banheiros, pátios e, especialmente, áreas de punição. Em menor grau, cozinhas, áreas de visita e outras salas comuns também estavam abaixo dos padrões aceitáveis de saneamento⁹³.

⁹⁰ G1. **'Massacre do presídio de Altamira', no PA, maior tragédia carcerária depois de Carandiru, completa dois anos.** Disponível em:

<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/07/29/massacre-do-presidio-de-altamira-no-pa-maior-tragedia-carceraria-depois-de-carandiru-completa-dois-anos.ghtml>. Acesso em: jul. 2023.

⁹¹ CARVALHO, Rosiene. Após 15 mortos em celas ontem, 40 corpos de presos são encontrados no AM. **UOL**. 27 maio 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/27/governo-do-amazonas-confirma-novas-mortes-em-presidios.htm>. Acesso em: jul. 2023.

⁹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil:** aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UFxJhS>. Acesso em: nov. 2022.

⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conselho de Direitos Humanos.** Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>. Acesso em: mar. 2023.

Esse quadro de omissão e de arbitrariedades no sistema carcerário brasileiro permitiu, inclusive, o surgimento de facções criminosas que conquistaram hegemonia, passaram a atuar nacionalmente e, desde o interior das penitenciárias, comandam a criminalidade extramuros, sobretudo o tráfico de drogas, colocando os presos em posição de submissão e desejo de pertencimento, para garantia de vida e de melhores condições de encarceramento, aumentando exponencialmente os efeitos criminógenos do cárcere⁹⁴. Paradoxalmente, é o sistema de justiça que seleciona os novos integrantes da organização criminosa ao encaminhá-los a uma instituição penal cujo controle é compartilhado com os líderes da organização.

A pena privativa de liberdade, especialmente no contexto carcerário brasileiro, está em contradição com as funções declaradas de contenção da criminalidade e reintegração social do criminoso e, sobretudo, em contradição com a garantia de dignidade da pessoa humana, que é um princípio fundante da República.

No marco do Estado Constitucional de Direito, caracterizado pela limitação do poder estatal e o respeito a garantias fundamentais rigidamente estabelecidas na Constituição, não é possível a existência dessa contradição manifesta entre os fins declarados da pena privativa de liberdade, de prevenção de novos crimes e reeducação do criminoso, e a prática carcerária, desumana, aviltante e criminógena.

A incoerência deve ser resolvida pela projeção dos valores consagrados no texto constitucional ao nível do cotidiano carcerário, numa tradução do dever-ser em ser, com fundamento nas palavras de Luigi Ferrajoli: a democracia constitucional em dimensão política exige das instituições de governo, aqui compreendida a administração de presídios, a obrigação de realizar o projeto normativo traçado na Constituição⁹⁵.

⁹⁴ Gabriel Feltran descreve que o PCC se legitimou perante os presos a partir de um discurso de combate à opressão e da instauração da ordem dentro dos presídios – a imposição da lei justa dentro das cadeias, que as tornou um “lugar habitável”. Segundo o autor, “foi dessa forma – produzindo governo, oferecendo justiça e segurança, mediando conflitos quando possível, matando os considerados inimigos depois de serem decretados em debate e instituindo regras comuns de convivência, boas para a maioria dos presos – que os irmãos do PCC se tornaram populares nas prisões do estado durante os anos 1990. Por conta dessa popularidade, a maioria dos que iam presos declarava proximidade ao Comando, de modo a estar num lugar regrado”. FELTRAN, Gabriel. **Irmãos**: uma história do PCC. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 184 (sem grifos no original).

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 2. Teoría de la democracia, 2016, p. 213-214.

No Brasil, a concretização da garantia constitucional de humanidade das penas deve passar, antes de qualquer outra medida, pela adoção de uma política de desencarceramento, com a diminuição da população carcerária ao limite previsto para cada unidade prisional. Observa-se que a Corte IDH já estabeleceu em diversos julgados que a superlotação, por si só, configura hipótese de tratamento desumano, cruel e degradante⁹⁶.

Em todo o país, segundo dados oficiais do Departamento Penitenciário Federal, há mais de 661 mil pessoas custodiadas no sistema carcerário, já excluídos desse número os presos sob custódia militar ou em delegacias de polícia ou, ainda, em prisão domiciliar, mas apenas 470 mil vagas no sistema prisional, o que equivale a um déficit de 191 mil vagas, a despeito da construção de dezenas de presídios nas últimas décadas⁹⁷. Existe uma altíssima taxa nacional de encarceramento, que ultrapassa 310 presos por 100 mil habitantes, sem a existência de instalações carcerárias suficientes para dar conta do número de presos⁹⁸.

Somente reduzindo a população carcerária será possível restabelecer a autoridade estatal no interior do presídio e atenuar a influência de facções, além de oferecer serviços públicos básicos de saúde, segurança e educação para a vida em liberdade.

A incorporação de critérios de racionalidade na imposição da prisão, para atenuar os efeitos nocivos do cárcere, é o primeiro passo em direção à garantia da humanidade na punição. A racionalidade na punição deve significar a compreensão dos efeitos deteriorantes e potencialmente criminógenos do aprisionamento para reduzir sua utilização ao mínimo necessário, observando-se que a atuação estatal no campo punitivo deve orientar-se, exclusivamente, em direção aos fins constitucionais

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos**: personas privadas de libertad, San José-Costa Rica. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39020>. Acesso em: abr. 2023.

⁹⁷ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

⁹⁸ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

e garantistas de redução da violência social e à possibilidade de desenvolvimento individual⁹⁹.

Desde esse ponto de partida, deve-se buscar a introjeção da legalidade penal para dentro do cárcere, que não pode se transformar, como lembra Anabela Miranda Rodrigues, em um “espaço do não-direito, uma obscura ‘relação especial de poder’, em que o Estado se desvincula do respeito que deve à dignidade das pessoas e a seus direitos fundamentais”¹⁰⁰.

O princípio da humanidade da pena, porém, não encerra mera formalidade para o cumprimento de prescrições legais; mais que isso, direciona a execução da pena e confere concretude ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, no sentido de limitar e fundamentar a punição. Como lembra Alamiro Velludo Salvador Netto, o princípio da humanidade atua como dupla garantia: em primeiro lugar, como garantia legal, para proibir certas punições em nível abstrato; em segundo, como garantia executiva, para evitar que a sanção se transforme, na prática, “em concretas imposições de dor e sofrimento por meio de castigos cruéis e atentatórios à dignidade da pessoa humana”¹⁰¹.

2.2 A legalidade estrita na execução da pena e a necessária intersecção com o princípio da humanidade

O princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, é a mais importante limitação ao poder punitivo estatal e estrutura todo o sistema penal. Está previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/1988, no art. 1º do CP/1940, e no art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na LEP, o princípio da legalidade está expresso no art. 3º: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

⁹⁹ A ideia de redução da violência social e a possibilidade de desenvolvimento individual como limites da atuação estatal na imposição da pena é de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004, p. 137.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Superpopulação carcerária. Controle da execução e alternativas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, jun. 2013, p. 13-21. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7140/5116>. Acesso em: abr. 2023.

¹⁰¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 108.

Historicamente, o princípio da legalidade tem origem na Magna Carta inglesa imposta pelos barões feudais ao rei João “Sem Terra”, em 1215, quando se passou a entender, pela primeira vez, que o soberano também estava vinculado às leis:

O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. Se no início do século XIII os governados ainda não constituíam uma unidade homogênea – o povo da teoria democrática – eles tendiam a sê-lo, por força do movimento histórico lembrado acima¹⁰².

Nelson Hungria explica que o conceito fundamental de proteção da liberdade individual em face da autoridade do Estado tem origem na Magna Carta inglesa, mas foi posteriormente desenvolvida por John Locke, no século XVII, e por Montesquieu, no século XVIII, para encontrar grande ressonância em Beccaria, responsável por influenciar a primeira formulação do princípio da legalidade no direito penal positivo, a Ordenança Penal Austríaca, que antecedeu em dois anos a Declaração Francesa dos Direitos do Homem¹⁰³.

Para Beccaria, inspirado no modelo montesquiano de separação de poderes, incumbia exclusivamente ao legislador estabelecer crimes e fixar as penas, não sendo lícito ao juiz aumentar ou tornar mais grave a pena já fixada em lei:

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão¹⁰⁴.

¹⁰² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 92.

¹⁰³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. I, t. I: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 42.

¹⁰⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1998, p. 15-16.

A maior contribuição do período iluminista, contudo, no entendimento de Luis Prieto Sanchís, não foi reafirmar a reserva legal, mas reconhecer uma legalidade estrita, isto é, a necessidade de previsão taxativa, em linguagem clara e empiricamente verificável, de todas as hipóteses punitivas¹⁰⁵.

A legalidade em sentido amplo é um limite formal para se criar tipos penais, reservando-se à lei a possibilidade de estipular condutas incriminadoras. Já a legalidade em sentido estrito impõe um limite ao próprio legislador, indicando uma restrição de conteúdo em obediência a parâmetros constitucionais: não é qualquer tipo de punição que pode ser prevista na lei, mas somente aquelas que atendam à garantia de humanidade e à vedação a penas cruéis.

Gustavo Junqueira e Patricia Vanzolini indicam que o princípio da legalidade assume uma *função política* voltada a proteger o cidadão contra a arbitrariedade estatal, que foi a própria origem da garantia constitucional, mas também uma *função jurídica* voltada a delimitar o que é proibido, para possibilitar a orientação de condutas e a instrumentalização do direito penal para prevenir novos crimes¹⁰⁶.

O princípio da legalidade se aplica em toda a fase persecutória, durante a execução da pena e, nesse momento, se manifesta de forma bifronte: de um lado, obriga o Estado a cumprir, exclusivamente, a sanção imposta na sentença condenatória, sem agravar a situação do acusado; de outro, obriga a imposição de uma das penas previamente estabelecidas na lei, sobretudo, a execução da sanção na *forma* prevista na lei.

Foi a necessidade de imposição da pena na *forma* prevista em lei que levou o STF a editar a súmula vinculante n. 56, em garantia ao princípio da legalidade: “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”.

Na execução da pena, o princípio da legalidade enquanto garantia de punição na *forma* prevista na lei também impede (ou deveria impedir) a infligência de violências ilícitas, punições sem previsão legal, mas conhecidas, utilizadas e toleradas no cotidiano carcerário, de forma velada ou explícita, inclusive por quem deveria zelar pelo correto cumprimento da pena.

¹⁰⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra, 2007, p. 58.

¹⁰⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023 e-book [versão kindle].

A transferência do preso para locais longínquos como forma de punição independentemente de procedimento disciplinar é prática comum e tolerada pelos juízes da execução, para os quais a escolha do local de cumprimento da pena é atribuição discricionária da autoridade prisional. A superlotação é a regra e os presídios já são projetados e construídos com a semente da ilicitude, pois não há sequer previsão de cumprimento das regras de habitação e salubridade previstas na Lei de Execução Penal (arts. 88 e 89). A violência ilícita se estende, inclusive, aos familiares do preso, que são obrigados a se submeter a procedimento de revista íntima para o ingresso na unidade prisional, algo desnecessário e, mais do que isso, atentatório à dignidade humana.

Michel Foucault apontava que a prisão é o “quarto escuro da legalidade”, o local da ilegalidade institucionalizada onde seria impossível sobreviver sem a tolerância da ilegalidade entre os presos, entre presos e carcereiros e entre todos e a administração penitenciária:

Mas creio que também é preciso destacar que o funcionamento interno da prisão só é possível com todo um jogo, ao mesmo tempo múltiplo e complexo, de ilegalismos. É preciso lembrar que os regulamentos internos das prisões são ainda absolutamente contrários às leis fundamentais que garantem, no resto da sociedade, os direitos humanos. O espaço da prisão é uma formidável exceção do direito e à lei. A prisão é um lugar de violência física e sexual exercida pelos detentos, pelos próprios detentos e pelos carcereiros. É um lugar de carências alimentares e é um lugar de frustrações sexuais constrangedoras. Ela é também, como bem sabemos, um lugar de tráfico incessante, e certamente ilegal, entre os detentos, mas também entre os detentos e os carcereiros, entre os carcereiros e o mundo exterior; tráficos que são, aliás, absolutamente indispensáveis à sobrevivência dos detentos que, sem eles, não conseguiriam viver ali, sobreviver, às vezes mesmo fisicamente no sentido estrito do termo. Indispensáveis também à sobrevivência dos carcereiros que não suportariam sua situação e seu tratamento se não tivessem esse complemento constituído pelo tráfico ilegal permanente, que passa pelos muros da prisão. A prisão é também um lugar em que a administração pratica diariamente o ilegalismo. E ela o pratica diariamente até mesmo para cobrir aos olhos da justiça e da administração superior, de um lado, e aos da opinião em geral, do outro, todos os ilegalismos que ocorrem no próprio interior da prisão¹⁰⁷.

Superou-se no plano formal a antiga ideia de relação especial de poder, em que o preso se despia da condição de sujeito de direitos e se transformava em objeto

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. “**Alternativas**” à prisão: um encontro com Jean-Paul Brodeur. Trad. Maria Ferreira. Rio de Janeiro: Vozes, 2022, p. 34-35.

da execução, mas ainda vigora no cotidiano carcerário e mesmo em decisões judiciais o princípio da *less eligibility*, segundo o qual as condições de vida do preso devem ser piores que as condições de vida do cidadão pobre.

Como ensina Rodrigo Duque Estrada Roig, a ideia de *less eligibility* teve origem nas Casas de Correção inglesas, por meio do *Poor Law Amendment Act*, segundo o qual as condições de trabalho e disciplina naqueles estabelecimentos prisionais deveriam ser piores que o pior emprego possível: “buscava-se, com isso, mostrar à classe trabalhadora que a opção pelo encarceramento nas Casas de Correção teria que ser a ‘menos elegível’”¹⁰⁸.

Com o passar dos anos, desvirtuou-se a noção de *less eligibility*, que se transformou em discurso não oficioso de flexibilização da legalidade penal e da garantia de humanidade da pena, em sinal de reminiscência da teoria da relação especial de poder, assim sintetizada por Ela Wiecko de Castilho:

O conceito dessa relação se impôs com OTTO MEYER e na sua conformação clássica importa na negação do princípio da legalidade, tal como hoje é entendido. A Administração é que ditava as regras. O fim substituía a lei. No que tange à execução penal, o fim da execução substituía uma lei de execução. O conteúdo e os limites dos direitos dos reclusos derivavam desse fim, utilizado ao mesmo tempo como fundamento e fim, em confusão metodológica, possibilitando uma ampla sujeição do recluso. Este era visto como objeto da execução¹⁰⁹.

Patrick Cacicedo ressalta que a *less eligibility*, atualmente, legitima um discurso de agravamento ilícito da pena e caracteriza manifestação do poder punitivo à margem da legalidade:

A execução da pena no Brasil, notadamente a institucionalizante, representa o exercício do poder punitivo à margem da legalidade em diversos aspectos, constituindo manifestação do sistema penal subterrâneo. A imposição de sofrimento para além do que já lhe é estrutural se verifica tanto na omissão do Estado em cumprir com as determinações positivas de normas nacionais e internacionais de direitos humanos aplicáveis às condições materiais do aprisionamento, quanto no que se refere às práticas violentas de

¹⁰⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 38.

¹⁰⁹ CASTILHO, Ela Wiecko de. **Controle de legalidade na execução penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 24.

agentes estatais com relação às pessoas presas, especialmente a tortura e maus tratos de toda ordem¹¹⁰.

Mesmo a Corte IDH, ao determinar o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho/RJ, para mitigar as péssimas condições de encarceramento no local, decorrentes, sobretudo, da superlotação, afastou a aplicação da resolução aos condenados por crimes contra a vida, à integridade física ou crimes sexuais, como se a proteção a direitos fundamentais do preso, que são universais por natureza, pudesse variar conforme a gravidade do crime praticado, o que não deixa de revelar uma hipótese de flexibilização da legalidade penal e a incidência da *less eligibility* para quem cometeu crimes graves¹¹¹.

No âmbito disciplinar da execução da pena, também se verificam situações frequentes de flexibilização da legalidade penal, especialmente em relação à reserva legal e à função de determinação e taxatividade da punição, pois a quantidade de pena efetivamente cumprida e o regime de cumprimento, mesmo depois de fixados na fase de conhecimento, variam conforme o comportamento do acusado durante a execução, que é avaliado pelo diretor do estabelecimento penal ao emitir atestados de boa conduta para a progressão de regime e a concessão de livramento condicional.

O juiz, como apontou Luigi Ferrajoli, fixa a pena e o regime inicial de cumprimento em caráter simbólico e a prevenção geral não decorre da ameaça legal, como imaginada por Feuerbach, mas da condenação severa e exemplar que não *deve*, mas *poderá* ser cumprida, a depender do comportamento do acusado e do arbítrio da autoridade prisional, que assim consegue sujeitar o preso a um controle disciplinar totalitário:

Compreende-se o caráter acentuadamente negocial que dessa forma vem a assumir a vida carcerária: os presos que desejam se valer dos benefícios devem fornecer evidências diárias de sua sensibilidade e disponibilidade para o tratamento, até que sua personalidade seja julgada meritória. O sinalagma permanente entre a interioridade da pessoa e a perspectiva da libertação antecipada torna-se, assim, um

¹¹⁰ CACICEDO, Patrick. O princípio da *less eligibility*, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, jan.-fev. 2015, p. 306-316. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_306.pdf. Acesso em: maio 2023.

¹¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

instrumento de governança carcerária, graças ao controle disciplinar e à submissão moral dos presos às autoridades prisionais que assegura. Acrescenta-se que essa mutação da pena vem a completar, em um ordenamento como o italiano, o processo de dissolução da legalidade que afeta também os outros dois momentos do direito penal: o crime e o processo, um e outro submetidos nesses anos, como veremos, a uma deformação subjetivista e substancialista que comprometeu a taxatividade do primeiro e o caráter cognitivo do segundo¹¹².

No Brasil, soma-se a isso a circunstância da LEP descrever apenas as faltas graves e delegar à legislação local a descrição das faltas leves e médias, que não ensejam regressão de regime, mas impedem a progressão e a concessão de livramento condicional até o preso ser considerado reabilitado.

No Estado de São Paulo, no qual está custodiada a maior parte da população carcerária do país, não há lei estadual e as faltas médias e leves estão descritas em ato administrativo da Secretaria de Administração Penitenciária, que não atende à garantia da reserva legal¹¹³. A negativa histórica do Poder Judiciário em reconhecer a inconstitucionalidade desse ato administrativo estimula a omissão do Poder Legislativo na discussão do tema e aumenta os limites de atuação disciplinar, já amplos, da autoridade penitenciária, que decide por conta própria o que deve ser considerado infração disciplinar leve e média e pode controlar com mais rigor o cotidiano carcerário.

Em relação aos presos submetidos à autoridade militar estadual, no presídio Romão Gomes, a ofensa à garantia da reserva legal é ainda maior, pois as faltas leves e médias foram criadas por resolução do Tribunal de Justiça Militar, que julga a legalidade do próprio ato administrativo. Nessa resolução, as faltas leves e médias são descritas com extremo rigor e vagueza conceitual, permitindo excessiva discricionariedade e arbítrio à autoridade prisional. Considera-se, por exemplo, transgressão disciplinar toda infração administrativa contrária à moral e aos bons costumes (art. 39), em descumprimento à garantia da taxatividade, e se considera falta leve “pleitear benefícios sem respeitar as normas ou ordens em vigor” (art. 40, § 1º, 12), que não é mais que o exercício do direito de petição; entre as faltas médias,

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 408 (sem grifos no original).

¹¹³ ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>. Acesso em: maio 2023.

estão tipificadas condutas meramente imorais, como “faltar com a verdade” (art. 40, § 2º, 1), ou que impõem um controle disciplinar desproporcional em relação aos fins da pena, como “apresentar-se, sem justo motivo, com os cabelos, bigode ou costeletas fora do padrão da Polícia Militar” (art. 40, § 2º, 18)¹¹⁴.

A observância da legalidade estrita na execução da pena direciona a atuação do poder punitivo no sentido de cumprimento de garantias constitucionais, sobressaindo-se a humanidade, no momento de maior vulnerabilidade do condenado. Nesse aspecto, o sentido de legalidade transpõe-se na garantia de humanidade das penas, de forma que cumprir a legalidade significa, também, cumprir a humanidade, em uma intersecção de direitos fundamentais.

Anabela Miranda Rodrigues lembra, nesse sentido, que a legalidade assegura um “núcleo de garantias face ao poder punitivo”, mas ficaria incompleta sem a “garantia executiva”:

O respeito pelo princípio da humanidade, estruturante da execução – *Leitgedanke des Strafvollzugs* defendido por Jescheck –, obriga a apelar, de forma inequívoca, para a consolidação de uma garantia executiva. Se o princípio da legalidade assegura o núcleo de garantias da pessoa face ao poder punitivo estadual, encontrando-se consagrado na generalidade dos códigos penais, a “garantia penal” ficaria incompleta sem a “garantia executiva”. Para utilizarmos as palavras de Bettiol, o princípio da legalidade “vive” na execução¹¹⁵.

As garantias da legalidade e da humanidade da pena são interdependentes e vazias de sentido, se consideradas isoladamente. A mera legalidade sem humanidade é insuficiente e incapaz de evitar atrocidades, que se repetem no contexto carcerário, muitas vezes sob o argumento de que se está cumprindo a lei – ou os regulamentos que disciplinam o cotidiano prisional. O princípio da humanidade previsto de forma ideal no texto constitucional é incapaz de produzir efeitos concretos sem regulamentação prática em âmbito infraconstitucional, de forma cogente e direcionada ao cumprimento das garantias constitucionais.

¹¹⁴ ESTADO DE SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça Militar**. Resolução n. 09/2012. Disponível em: <https://www.tjmsp.jus.br/resolucao-no-009-2012/>. Acesso em: maio 2023.

¹¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: RT, 2001, p. 66.

2.3 A proteção judicial, o princípio da jurisdicionalidade e a posição de garante do Estado diante da violação ao princípio da humanidade da pena

A garantia de proteção judicial foi positivada, de forma pioneira, na Declaração Americana sobre Direitos Humanos, de abril de 1948, e dali refletiu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de dezembro de 1948, que a estabelece em seu art. 8º: “Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”¹¹⁶. Posteriormente, a garantia de proteção judicial foi reconhecida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 2.3) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 25).

Na CF/1988, o direito fundamental à proteção judicial decorre, especialmente, da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV); da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV); da garantia do *habeas corpus* (art. 5º, XVIII); da garantia de assistência jurídica integral e gratuita a quem comprovar insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); da garantia de celeridade dos procedimentos judiciais (art. 5º, LXXVIII); e, ainda, do fortalecimento de regras de independência do Poder Judiciário e garantias de atuação, na condição de funções essenciais à justiça, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da advocacia privada.

A garantia fundamental à proteção judicial, que impõe uma garantia de *meios* à justiça efetiva, é instrumental ao exercício de outros direitos fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet lembra que o Estado de Direito não pode apenas reconhecer direitos, mas deve torná-los efetivos mesmo em face do próprio Estado e que a proteção judiciária equivale a uma “garantia transversal de todos os direitos fundamentais, pois é mediante tal garantia que se assegura a proteção dos demais direitos”¹¹⁷.

Na execução penal, a garantia de proteção judicial se impõe de forma peculiar em razão da condição de vulnerabilidade do preso, que depende do Estado para atender a todas as necessidades vitais, desde a alimentação à integridade física e segurança pessoal. O Estado exerce um controle absoluto sobre a vida do preso ao

¹¹⁶ PIOVESAN, Flávia; GIRARDI FACHIN, Melina; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *e-book* [versão kindle].

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

restringir sua liberdade e a possibilidade de autoproteção. Disso decorre o dever conexo de garantia de todos os direitos não atingidos pela privação de liberdade. A Comissão IDH reconheceu que o Estado assume um compromisso específico de proteção da dignidade humana em relação à pessoa privada de liberdade:

Ao privar uma pessoa da liberdade, o Estado se coloca em especial posição de garante da sua vida e integridade física. No momento da detenção de um indivíduo, o Estado o introduz em uma "instituição total", como a prisão, na qual os diversos aspectos de sua vida estão sujeitos a uma regulação rígida, e há um distanciamento de seu ambiente natural e social, controle absoluto, perda de privacidade, limitação do espaço de vida e, sobretudo, uma diminuição radical das possibilidades de autoproteção. Tudo isso faz com que o ato de confinamento implique um compromisso específico e material de proteção da dignidade humana do preso enquanto estiver sob sua custódia, o que inclui sua proteção contra possíveis circunstâncias que possam colocar em risco sua vida, saúde e integridade pessoal, entre outros direitos¹¹⁸.

A Comissão IDH aprofundou esse entendimento em outros informes e pontuou que a posição de garante de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade é uma atividade complexa para a qual confluem competências de diversas instituições de Estado, cabendo ao Poder Judiciário, especificamente, controlar a legalidade do encarceramento, tutelar judicialmente as condições de reclusão e controlar a execução da pena:

Por outro lado, a Comissão considera que o exercício pelo Estado da sua posição de garante dos direitos das pessoas privadas de liberdade é uma tarefa complexa para a qual convergem as competências das diferentes instituições estatais. Vão desde os órgãos executivos e legislativos, responsáveis por elaborar as políticas prisionais e estabelecer leis para a implementação dessas políticas, até as entidades e autoridades administrativas que exercem suas funções diretamente nos presídios. Está nas mãos do Judiciário, além da tramitação de processos criminais, o controle da legalidade do ato de detenção, a proteção judicial das condições de detenção e o controle judicial da execução das penas privativas de liberdade¹¹⁹.

¹¹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca**, Departamento de Tacna, Republica del Perú. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/countryrep/Challapalca.sp/informe.htm#_ftn29. Acesso em: maio 2023 (tradução nossa – sem grifos no original).

¹¹⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>. Acesso em: maio 2023.

O controle de legalidade durante a execução da pena por órgão diverso daquele materialmente encarregado dos atos de execução, o Poder Executivo, a jurisdicionalização do processo de execução e a possibilidade de o preso dirigir-se diretamente à autoridade judiciária para proteger direitos fundamentais representam o núcleo da garantia fundamental da proteção judicial do recluso, presumidamente vulnerável em face do poder exercido pelas autoridades prisionais.

Anabela Miranda Rodrigues ensina que a própria natureza da reclusão impõe um tensionamento forte e contínuo aos direitos fundamentais do recluso, exigindo, no plano processual, uma ampliação da jurisdicionalização da execução e, no plano institucional, a garantia de acesso à informação e do direito de defesa¹²⁰.

A garantia de acesso à informação visa possibilitar adaptação à vida de reclusão com o conhecimento prévio das obrigações e sanções disciplinares cabíveis e, de forma conexa, os meios de acesso à assistência jurídica, inclusive gratuita, e o procedimento para reclamações ao diretor da unidade prisional.

O direito de defesa se desenvolve em níveis distintos na execução penal: institucionalmente, perante as autoridades penitenciárias, para que o preso possa reclamar e solicitar, por meio de demandas que devem ser prontamente apreciadas e respondidas, sem censura de conteúdo, conforme dispõem as Regras de Mandela (56 e 57); em nível processual, como componente do devido processo e em decorrência do princípio da jurisdicionalidade, possibilitando-se, inclusive, revisão judicial de decisões administrativas; pessoalmente, durante as inspeções realizadas pelo juiz da execução, pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou órgãos nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos, como o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, criado pela Lei n. 12.847/2013.

O juiz da execução penal, de forma instrumental à garantia de proteção judicial, assume funções extraprocessuais que possibilitam o cumprimento do dever de tutela das condições de reclusão em âmbito material. Nesse escopo, a lei de execução penal impõe ao juiz da execução o dever de zelar pelo correto cumprimento da pena; inspecionar estabelecimentos prisionais e adotar providências para o seu adequado funcionamento; interditar o estabelecimento penal que funcionar em condições inadequadas ou infringir dispositivos legais; e, ainda, compor e instalar o

¹²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: RT, 2001, p. 131-132.

Conselho da Comunidade, que tem por função primordial obter recursos materiais e humanos para dar assistência ao preso (art. 66, VI, VII, VIII e IX).

A atuação judicial na execução da pena assume natureza preventiva e de redução de danos, possibilitando um agir antecipado e independente de provocação para proteger direitos não atingidos com a privação de liberdade. O cumprimento dessas diretrizes, no entanto, pressupõe superar a atuação burocrática para o juiz da execução poder cumprir um papel semelhante ao de juiz de garantias na fase de execução da pena, em observância às regras de direitos humanos e parâmetros internacionais para reclusão¹²¹.

A efetivação da garantia de proteção judicial também exige maior protagonismo das outras instituições que compõem o sistema de justiça. O Ministério Público deveria superar a atuação exclusivamente processual para o cumprimento da atividade fiscalizatória, conforme exigido na LEP, em garantia de direitos fundamentais do preso. A Defensoria Pública, que já exerce importante função fiscalizatória, deveria expandir sua atuação para defender o preso perante a administração penitenciária e em procedimentos administrativo-disciplinares.

A possibilidade de se acionar o Estado na hipótese de violação de direitos, por meio da ampliação dos canais de jurisdicionalização, é o ponto central da garantia fundamental à proteção judicial em superação às ideias administrativistas ainda presentes na prática penitenciária, e que afastam a legalidade na execução da pena. A concretização dessa garantia impõe a evolução daquilo que Eugenio Raúl Zaffaroni designou como “ineficácia treinada” das agências judiciais, que buscam a burocratização como forma de evitar conflitos com as outras agências e preservar uma falsa percepção de poder¹²².

¹²¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; GARCIA, Bruno Paiva. Controle judicial da execução penal, dever de inspeção e a interdição de presídios: o papel do juiz na miséria do cárcere. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, abr.-maio 2022, p. 23.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 142.

3 O PARADIGMA GARANTISTA E A DEGRADAÇÃO DO AMBIENTE CARCERÁRIO: ESTRATÉGIAS PARA A REDUÇÃO DE DANOS

O garantismo jurídico, segundo Luigi Ferrajoli, é um conceito plurívoco, que pode ser compreendido em ao menos três acepções ou níveis distintos: pode ser uma filosofia política, um modelo de ciência do direito ou, ainda, um modelo normativo de Estado de Direito¹²³.

O garantismo enquanto filosofia política representa um modelo de Estado com base contratualista e positivista que pressupõe a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, e que exige, por consequência, uma carga de justificação externa ao direito positivo e ao Estado, e um enfrentamento crítico do direito no plano da efetividade. Os fins externos ao Estado são os direitos fundamentais, cuja garantia é fonte de legitimação ou deslegitimação da ordem política¹²⁴.

Para Luigi Ferrajoli,

de modo geral, a adoção de um ponto de vista externo ou político que não seja calcado no interno ou no jurídico é pressuposto de toda doutrina democrática dos poderes do Estado e não apenas do poder penal. Em sentido duplo: porque o ponto de vista externo é o de baixo ou *ex parte populi*, em oposição ao interno, que é o ponto de vista de cima ou *ex parte principis*; e porque o primeiro é aquele que expressa os valores extra – ou meta – ou pré-jurídicos “fundantes”, ou seja, os interesses e necessidades “naturais” – individuais e coletivos – cuja satisfação representa a justificação ou razão de ser daquelas coisas “artificiais” que são as instituições jurídicas e políticas. Enquanto isso, a eliminação de um autônomo ponto de vista externo ou, pior ainda, sua confusão explícita com o interno são a característica de todas as culturas políticas autoritárias, unidas de diferentes maneiras pela ideia de auto-fundamentação e auto-justificação do direito e do Estado como valores em si mesmos: não meios, mas fins em si mesmos¹²⁵.

A ideia de garantismo como modelo normativo de Estado de Direito pressupõe a adoção de instrumentos de limitação do poder, por meio da vinculação à legalidade

¹²³ A distinção aparece em: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 851; FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016, p. 24; Luis Prieto Sanchís também revela a existência de diferentes acepções do termo garantismo: SANCHÍS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: lustel, 2011, p. 21.

¹²⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: lustel, 2011, p. 21.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 853-854 (tradução nossa).

estrita e da funcionalização dos poderes de Estado para a garantia de direitos fundamentais. O Estado Constitucional de Direito é a fórmula política do garantismo, nesse ponto entendido como expressão do constitucionalismo, que possibilita a submissão dos poderes estatais ao cumprimento de direitos fundamentais previstos no texto constitucional¹²⁶.

Enquanto ciência do direito, o garantismo representa uma teoria jurídica que propõe a separação entre a validade e a eficácia da norma, e entre a existência e a vigência, e se apresenta como um modelo de distinção entre o plano normativo tendencialmente garantista e as práticas operativas tendencialmente antigarantistas, concluindo com uma “teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo”¹²⁷. O garantismo, também sob esse aspecto, é uma teoria de legitimação e, sobretudo, de deslegitimação da ordem jurídica, que impõe uma apreciação crítica do direito vigente e do direito efetivo:

Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas por suas representações normativas e com a confiança apriorística na coerência entre normatividade e efetividade difundida pela ciência jurídica, a perspectiva garantista, ao contrário, convida à dúvida, estimula o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e sua aplicação, bem como a consciência do caráter em grande medida ideal – e, portanto, não realizado e pendente de realização de suas próprias fontes de legitimação jurídica¹²⁸.

A divergência entre normatividade e efetividade pode ser tanto maior quanto mais deveres são impostos aos poderes estatais em decorrência da incorporação de direitos no ordenamento jurídico e da evolução da sociedade¹²⁹. Luigi Ferrajoli lembra que é da natureza deôntica dos deveres a possibilidade de violação, não importa que tenham sido impostos por lei aos poderes públicos; e os direitos, que correspondem à estipulação de valores, contêm uma utopia de realização, posto que nunca poderão ser plenamente alcançáveis¹³⁰. Disso resulta, conclui o autor, uma ilegitimidade

¹²⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: lustel, 2011, p. 31.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 852.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 853 (tradução nossa).

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 866.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 866.

estrutural do Estado de Direito “devida à ambição de promessas formuladas em nível normativo superior e não mantidas em nível inferior”¹³¹.

No sistema carcerário brasileiro, a divergência entre normatividade e realidade alcançou um nível de ruptura da legalidade em razão do altíssimo grau de inefetividade das garantias ao direito à dignidade humana e humanidade das penas. O problema fisiológico do Estado de Direito de irrealização plena dos direitos fundamentais tornou-se algo patológico no sistema penitenciário brasileiro, no qual ainda vigoram antigas práticas administrativistas que afastam o controle judicial e o cumprimento de direitos fundamentais no cárcere. A Corte IDH já afirmou que o ingresso no sistema carcerário brasileiro constitui, por si só, hipótese de tratamento desumano e degradante¹³², e o STF, no plano interno, reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional, em razão da violação sistemática de direitos humanos¹³³, sem que essa medida tenha gerado melhoria no sistema carcerário.

Luigi Ferrajoli lembra que, ao lado da falácia politicista, ponto central da teoria garantista, e segundo a qual bastaria a crença nos poderes estatais e, mais ainda, a crença em um poder bom para a garantia de direitos fundamentais, existe também a falácia garantista, a “ideia de que bastam as razões de um bom direito, dotado de sistemas avançados e garantias constitucionais juridicamente exigíveis, para conter o poder e proteger os direitos fundamentais de seus desvios”¹³⁴.

A CF/1988 assegura a dignidade humana e veda a imposição de sanções cruéis, desumanas e degradantes; a LEP indica as diretrizes para o cumprimento da pena em conformidade com as garantias constitucionais; os documentos internacionais de proteção de direitos humanos há muito vigentes no Brasil estabelecem regras de observância obrigatória para o cumprimento de direitos fundamentais no ambiente carcerário; organismos internacionais de proteção de direitos humanos, como a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a Corte IDH e o STF já reconheceram a barbárie do sistema carcerário brasileiro, sem que nada disso

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 867.

¹³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UFxJhS>. Acesso em: nov. 2022.

¹³³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 09-09-2015.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 941 (tradução nossa).

tenha resultado o cumprimento de direitos fundamentais e melhorias concretas e duradouras no sistema carcerário.

A prisão, apesar do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, ainda é encarada, sobretudo no ambiente judicial, de forma idealizada, sem avaliação do funcionamento real do sistema punitivo, sem discussão sobre como o cumprimento da pena no Brasil significa mais violação de direitos que ressocialização, que somente ocorre excepcionalmente e por mérito exclusivo do condenado.

A discussão prioritária no sistema de justiça penal deve ser a indicação de meios efetivos para constitucionalizar a prisão e reduzir os danos causados pelo encarceramento, considerando que não há possibilidade de se discutir humanidade das penas sem indicar garantias efetivas à dignidade humana no sistema prisional.

3.1 *Numerus clausus*

A garantia de *numerus clausus* ou número fechado visa restringir a ocupação da unidade prisional à capacidade projetada. A cada preso deve corresponder uma vaga, sem se tolerar a superação do limite ideal ou soluções improvisadas para burlar a quantidade máxima de presos estipulada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão responsável por fixar a capacidade de cada estabelecimento, atender sua natureza e peculiaridades (art. 85, parágrafo único, da LEP).

Trata-se de garantia estruturante do direito penitenciário, diretamente conectada à garantia de humanidade da pena, e sem a qual não é possível atender outras garantias fundamentais, como o direito à saúde, segurança, integridade física e psíquica, e privacidade. Isso já foi reconhecido, inclusive, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, que equiparou o cumprimento da pena em local superlotado à prática de tortura, em razão da manutenção do preso, por longos períodos, em condições materiais deploráveis¹³⁵.

O ambiente prisional superlotado é anti-higiênico, mal ventilado, submete os presos à acesso limitado à água potável, propiciando a proliferação de doenças, especialmente infectocontagiosas, como tuberculose, agravadas por um sistema de

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conselho de Direitos Humanos**. Repercusiones para los derechos humanos del recurso excesivo a la privación de libertad y el hacinamiento carcelario. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/848736?ln=es>. Acesso em: jun. 2023.

saúde prisional sobrecarregado. Em estudo promovido pela FIOCRUZ, cujo parâmetro era o sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro, marcado – como todos os Estados – pela superlotação, constatou-se que 1/3 das mortes em presídios se referiam a doenças infecciosas, especialmente Aids e tuberculose, cujas taxas de mortalidade eram 15 vezes superiores à da população extramuros¹³⁶.

O excesso de presos não permite privacidade nem mesmo para atividades básicas, como o uso de sanitários, e não é possível movimentação mínima no interior da cela ou o acesso a atividades externas, em razão da inexistência de espaços adequados ao número de presos, o que torna a convivência insuportável, criando um grave quadro de tensão e violência entre os presos e entre presos e agentes de segurança, que comumente resulta em rebeliões e mortes¹³⁷.

A letalidade prisional, agravada por estado de superlotação, acompanha o preso mesmo depois que ele deixa a prisão. O CNJ constatou, em estudo promovido pela FGV e pelo INSPER, que o tempo médio de vida dessas pessoas é de apenas 548 dias após a saída do sistema prisional e que cerca de 30% dessas mortes decorrem de circunstâncias violentas, a demonstrar a gravidade do cumprimento de pena em condições desumanas¹³⁸.

A superlotação altera negativamente a proporção entre o número de presos e agentes de segurança, levando a administração prisional a delegar aos próprios reclusos atividades típicas de Estado, como a manutenção da segurança e disciplina interna, criando uma classe especial de presos e legitimando, por via indireta, a lei do mais forte e a ação de facções criminosas, em ambiente no qual é impossível separar presos conforme a idade e a gravidade do crime (art. 84 da LEP).

Lembra-se que tanto as Regras de Mandela, da ONU, como os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, da

¹³⁶ Nesse mesmo estudo, constatou-se também que apenas 0,7% dos mortos tiveram acesso a serviço de saúde extramuros. SÁNCHEZ, Alexandra *et al.* Mortalidade e causas de óbitos nas prisões do Rio de Janeiro. BRASIL. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 37, set. 2021. Disponível em: <https://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1515/mortalidade-e-causas-de-obitos-nas-prisoas-do-rio-de-janeiro-brasil>. Acesso em: 12 set. 2023.

¹³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf. Acesso em: jun. 2023.

¹³⁸ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública. Brasília: CNJ, 2023.

Comissão IDH, proíbem que a administração prisional delegue aos presos a execução de medidas disciplinares:

Regra 40: 1. Nenhum preso deve ser empregado, a serviço da unidade prisional, em cumprimento a qualquer medida disciplinar. 2. Esta regra, entretanto, não impede o funcionamento adequado de sistemas baseados na autoadministração, sob os quais atividades ou responsabilidades sociais, educacionais ou desportivas são confiadas, sob supervisão, aos presos, organizados em grupos, para fins de tratamento¹³⁹.

Princípio XXII: Não será permitido que as pessoas privadas de liberdade tenham sob sua responsabilidade a execução de medidas disciplinares, ou a realização de atividades de custódia e vigilância, sem prejuízo de que possam participar de atividades educativas, religiosas, esportivas ou outras similares, com participação da comunidade, de organizações não-governamentais e de outras instituições privadas¹⁴⁰.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária exige, a esse propósito, proporção mínima de 5 presos por agente penitenciário nos estabelecimentos penais destinados a presos provisórios e em regime fechado¹⁴¹. No Estado de São Paulo, a Secretaria de Administração Penitenciária não informa o número de agentes penitenciários em cada unidade prisional, apenas o número de presos¹⁴². Contudo, é possível cruzar os dados relativos ao número de presos indicado por esse órgão em cada estabelecimento prisional com o número de agentes penitenciários indicado nos relatórios de inspeção judicial do CNJ¹⁴³. Verifica-se, por exemplo, que nenhum Centro de Detenção Provisória da capital cumpre esse requisito, alguns com mais de 10 presos por agente penitenciário¹⁴⁴.

¹³⁹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi (coord.), 2016.

¹⁴⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios e boas práticas para a proteção de pessoas privadas de liberdade nas Américas**, 2008. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: jan. 2023.

¹⁴¹ BRASIL. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Resolução n. 09, de 13 de novembro de 2009. Dispõe sobre a exigência mínima de presos por agentes em estabelecimentos penais destinados a presos provisórios e em regime fechado.

¹⁴² ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/principal.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁴³ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: jun. 2023.

¹⁴⁴ Não se pode descartar a possibilidade de o número de agentes penitenciários ser inferior ao declarado pela SAP, considerando-se na contagem, por exemplo, servidores afastados por motivos de saúde ou empregados em setores administrativos. Mesmo assim, evidencia-se o descumprimento da proporção agentes penitenciários/presos. Além disso, a população prisional nos Centros de Detenção Provisória é altamente flutuante, de forma que os dados utilizados se referem ao número de presos em 16/06/2023. A proporção presos/agentes penitenciários nos CDPs da capital nessa

O presídio superlotado torna, ainda, ilusória a pretensão de ressocialização, por ausência de recursos mínimos de educação e trabalho dentro do presídio, e transforma o cumprimento da pena em ato de mera expiação, em contraposição aos objetivos declarados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que propõe a readaptação social do criminoso (art. 5.6)¹⁴⁵, e na LEP, que busca a harmônica integração social do condenado (art. 1º).

A superlotação prisional, ao final, se revela como (mais) um ato de irracionalidade do poder punitivo, que se utiliza de escassos recursos públicos, em vista do número de promessas constitucionais, para um fim oposto ao declarado, resultando em ofensa aos direitos fundamentais e na inserção do preso em um ambiente criminógeno.

O Estado descumpre restrições impostas em garantia da dignidade humana e transmite à população uma mensagem de anomia e discricionariedade no cumprimento de normas de natureza fundamental, mesmo depois da declaração pelo STF de um estado de coisas inconstitucional¹⁴⁶ e da declaração da Comissão IDH, ao afirmar que o cumprimento de pena no Brasil constitui, por si só, situação de tratamento desumano e degradante¹⁴⁷.

A LEP, em seu art. 85, dispõe que o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade e que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária deve fixar o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades. Esse dispositivo evidencia, concretamente, como apontou Rodrigo Duque Estrada Roig, “que a superlotação é

data é de 12,9 no CDP Chácara Belém I; 6,87 no CDP Chácara Belém II; 5,29 no CDP Pinheiros I; 13,04 no CDP Pinheiros II; 6,09 no CDP III; 10,34 no CDP Pinheiros IV; 13,55 no CDP Vila Independência.

¹⁴⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni propõe interpretar o sentido de readaptação social na Convenção Americana sobre Direitos Humanos como uma “terapia de vulnerabilidade”: “A reforma e a readaptação social dos presos deveriam ser entendidas como cuidados especializados que, tendo em conta que a maioria dos presos não está apenas presa pelo que fez, mas sobretudo devido à sua *vulnerabilidade ao poder punitivo*, a tarefa seria elevar seu nível de invulnerabilidade (ou, o que é o mesmo, reduzir sua vulnerabilidade)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Control de convencionalidad y sistema carcelario*. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Control de convencionalidade**. Brasília: CNJ, 2016, p.76 (tradução nossa).

¹⁴⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 09-09-2015.

¹⁴⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UFxJhS>. Acesso em: nov. 2022.

um estado permanente de ilegalidade, consubstanciado na incompatibilidade entre o contingente carcerário e a estrutura ou finalidade do estabelecimento”¹⁴⁸.

No Brasil, segundo dados oficiais, a população prisional no ano 2000 era de aproximadamente 230 mil presos e havia um déficit de 97 mil vagas; em 2019, ano imediatamente anterior à pandemia, alcançou-se 755 mil presos e um déficit de 312 mil vagas. Houve uma queda nos anos de pandemia. Hoje, são 648 mil presos, mas o déficit de vagas ainda é altíssimo – mais de 170 mil vagas¹⁴⁹. Esse cenário reflete dados oficiais, mas se estima que o déficit real seja maior, pois o conceito de vaga utilizado pelo DEPEN diz respeito apenas à disponibilização de um leito, independentemente do regime de cumprimento de pena e da capacidade do LOCAL em oferecer serviços básicos de saúde, educação e trabalho para aquela população. É interessante, a esse respeito, a observação de Rodrigo de Azevedo Martins:

Assim, ousamos afirmar que o mais importante não é saber o número total de vagas do sistema prisional, mas quantas delas são disponibilizadas aos diferentes regimes de cumprimento de pena e para as prisões provisórias para o gênero masculino e feminino, pois, como destacamos, uma vaga no regime fechado para o preso do gênero masculino, por exemplo, demanda uma estrutura diferente da vaga no regime semiaberto para o preso do gênero masculino. Possui pouco valor, portanto, a informação generalizada, que pode levar a conclusões superficiais, equivalentes a ser informado, por exemplo, que há doze frutas em determinada venda após indagar quantas maçãs, abacaxis e bananas haveria ali. O indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto não pode estar em um estabelecimento penal estruturado como penitenciária, bem como o indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado não pode estar em uma cadeia pública (ainda que esteja “acomodado” em uma cadeia pública, não se pode considerar que ocupe uma “vaga”)¹⁵⁰.

No Estado de São Paulo, segundo dados oficiais encaminhados pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária ao SISDEPEN, a superlotação atinge, em média, 141% da capacidade para os presos do gênero masculino em

¹⁴⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, 15, jan.-abr. 2014, p. 114.

¹⁴⁹ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁵⁰ MARTINS, Rodrigo de Azevedo. **Finalidades da pena**: do discurso à operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2022.

regime fechado e 134% para os presos do gênero masculino em regime semiaberto¹⁵¹. Em algumas unidades, como a Penitenciária de Guareí-II, a lotação chega a 192%, e não há nenhum Centro de Detenção Provisória que não esteja superlotado – alguns, como o de Pinheiros-II, alcançam 181% da lotação¹⁵². A Defensoria Pública do Estado, em relatório de inspeção em presídios elaborado durante a pandemia da Covid-19, constatou que o problema é ainda mais grave, pois a Secretaria Estadual de Administração Penitenciária aumenta artificialmente o número de vagas:

A superlotação, na prática, como identificamos nas inspeções, é ainda maior, pois a capacidade nominal das unidades prisionais de São Paulo contabiliza vagas em celas que não são destinadas ao uso constante, tais como celas de pavilhões disciplinares, de enfermaria, medida provisória de segurança pessoal e de inclusão, inflacionando o número de vagas no sistema e mascarando a real taxa de superlotação¹⁵³.

Rodrigo Duque Estrada Roig lembra que a garantia de *numerus clausus* visa reduzir a população carcerária e não criar novas vagas com a construção de novos presídios¹⁵⁴. Não se pode buscar soluções paliativas para corrigir um problema histórico do sistema punitivo brasileiro: prende-se muito, prende-se mal, e nunca haverá presídios suficientes para dar conta da irracionalidade e do populismo penal. Em vez das soluções temporárias e ilusórias, é preciso corrigir a causa da superlotação e estancar a hemorragia que ela significa, por meio de um exercício dialético que permita compreender soluções reais e transformar a realidade prisional.

O Brasil já possui a terceira maior população prisional do mundo, atrás apenas dos EUA e da China, e a 13ª taxa de aprisionamento por 100 mil habitantes do mundo¹⁵⁵. O Estado de São Paulo tem 197 mil pessoas presas e, sozinho, a 7ª maior população prisional do mundo, com uma taxa de aprisionamento bastante superior à

¹⁵¹ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁵² ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/principal.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁵³ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Inspeções em presídios durante a pandemia da Covid-19**. Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=9957>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁵⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, 15, jan.-abr. 2014, p. 108.

¹⁵⁵ FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World prison population list: thirteenth edition, 2021**. Disponível em: <https://bit.ly/3Kh0iQt>. Acesso em: mar 2023.

média nacional – no Brasil, há 304 pessoas presas para cada 100 mil habitantes e, em São Paulo, 419 presos para cada 100 mil habitantes¹⁵⁶. Ainda em São Paulo, já existem 181 estabelecimentos prisionais; há mais 3 em construção nas cidades de Aguai, Riversul e Santa Cruz da Conceição, e a taxa de aprisionamento voltou a subir após o fim da pandemia. Entre entradas e saídas do sistema prisional paulista no período de janeiro a junho de 2023, houve um saldo positivo de 2.017 presos, de sorte que os novos presídios não serão suficientes nem mesmo para atender à população prisional acrescida nesse semestre¹⁵⁷.

O cumprimento da pena em situação de superlotação, conforme expõe Rodrigo Duque Estrada Roig, é uma hipótese de desvio de execução (art. 185 da LEP), pois impõe o cumprimento da pena em situação não prevista em lei ou na sentença. Nesses casos, a garantia de *numerus clausus* poderia atuar “como medida de contenção da superlotação e, conseqüentemente, de reparação do desvio de execução”¹⁵⁸.

Além de a *numerus clausus* ser uma garantia individual buscada nos autos da execução penal, também pode ser reivindicada coletivamente, em ação civil pública a ser ajuizada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou qualquer um dos legitimados para a ação civil pública, na forma da Lei n. 7.347/1985, perante o juízo da execução penal, a quem incumbe o dever de zelar pelo correto cumprimento da pena e, ainda, interditar, no todo ou em parte, o estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos legais (art. 66, VI e VII, da LEP). A implementação da garantia de *numerus clausus*, nesse sentido, não é mais que a interdição parcial do presídio para reduzir a população prisional à capacidade projetada. Sobre a competência do juízo da execução para processar essa ação civil pública, ressalta-se:

A interdição do presídio somente pode ser decidida em procedimento judicial, observado o devido processo legal, perante o juízo da execução penal indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, o da sentença (LEP, art. 65 e 66, VIII), não se podendo cogitar sequer de competência concorrente com o juízo da Fazenda Pública, dada a relação de especialidade de um juízo em relação ao

¹⁵⁶ ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/principal.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁵⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/principal.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁵⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, 15, jan.-abr. 2014, p. 114.

outro. E não poderia mesmo ser diferente: o juiz da execução penal é aquele que tem o dever de zelar pelo correto cumprimento da pena, que visita e inspeciona o presídio mensalmente, que entrevista os presos e conhece a fundo a realidade carcerária, de sorte que é quem melhor pode julgar a necessidade de interdição. [...] Observe-se que não há nenhum impedimento de tramitação de ação civil pública perante o juízo da execução penal, em vista da competência legalmente conferida ao juiz da execução para a interdição do presídio e do dever de zelar pelo correto cumprimento da pena. Observe-se, também, que a própria Lei de Execução Penal passou a prever, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.313/2010, a possibilidade de atuação da Defensoria Pública de forma coletiva na execução da pena, o que evidentemente ocorrerá perante o juízo especializado da execução penal (LEP, art. 81-A)¹⁵⁹.

Segundo Rodrigo Duque Estrada Roig, a implementação da garantia de *numerus clausus* em âmbito coletivo pode ocorrer, ao menos, de três formas: (a) *preventiva*, com a vedação de novas entradas, transformando-se o encarceramento em prisão domiciliar; (b) *direta*, com a concessão de indulto ou prisão domiciliar a quem estiver na iminência de alcançar o lapso temporal; (c) *progressivo*, “com a ida de um preso do regime fechado para o semiaberto, de outro do regime semiaberto para o aberto (ou prisão domiciliar) e, por fim, de alguém que esteja em uma dessas modalidades para o livramento condicional”¹⁶⁰.

Essas possibilidades estão em consonância com a súmula vinculante n. 56 do STF, de observância obrigatória por todos os poderes estatais, que veda a manutenção do preso em regime mais gravoso que aquele estipulado na sentença e autoriza a saída antecipada do regime com falta de vagas e a concessão de prisão domiciliar ao sentenciado, para garantir a individualização da pena e a legalidade penal. A Corte IDH, em diálogo com a jurisprudência do STF, reconheceu que

a súmula vinculante n. 56 é meridianamente clara e não deixa margem a dúvidas de que, em casos de falta de vagas, ou seja, de superlotação e superpopulação, o Juiz da Execução Penal deve determinar a saída antecipada do preso, sua liberdade eletronicamente monitorada ou prisão domiciliar¹⁶¹.

¹⁵⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; GARCIA, Bruno Paiva. Controle judicial da execução penal, dever de inspeção e a interdição de presídios: o papel do juiz na miséria do cárcere. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, abr.-maio 2022, p. 31.

¹⁶⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, 15, jan.-abr. 2014, p. 114.

¹⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

O CNJ aponta, ainda, um novo mecanismo para controlar a superlotação carcerária, a criação de uma central de regulação de vagas, sob responsabilidade compartilhada do Poder Judiciário, que determina as entradas e saídas do sistema prisional, e do Poder Executivo, que cumpre as medidas privativas de liberdade, com imenso potencial de garantia perene de direitos fundamentais e racionalização de gastos públicos¹⁶². A Central de Regulação está fundada na necessidade de se observar a garantia de *numerus clausus* designada pelo CNJ como princípio da taxatividade, e funciona como instrumento de gestão para o equilíbrio duradouro da população prisional dentro da capacidade máxima¹⁶³.

A Central de Regulação de Vagas se vale do exemplo de políticas públicas eficientes nas áreas de saúde, assistência social e justiça juvenil, que também sofrem de escassez de recursos públicos e altíssimas demandas sociais, como o Sistema Único de Saúde (SUS), o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), para alcançar resultados mais duradouros e mais eficientes que os mutirões carcerários realizados em todo o país há muito tempo, porém, de forma aleatória e sem resultados permanentes¹⁶⁴.

Na implementação da Central de Regulação de Vagas, na forma proposta pelo CNJ, estão previstas ferramentas para certificar a capacidade máxima real de cada unidade prisional e do total de vagas de cada unidade da federação, utilizando-se um conceito adequado de vaga como local de permanência de cunho duradouro e no qual seja possível oferecer serviços públicos adequados ao regime prisional imposto na sentença condenatória¹⁶⁵.

¹⁶² BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Central de regulação de vagas: manual para a gestão da lotação prisional, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/manual-central-de-regulacao-de-vagas.pdf>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁶³ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Central de regulação de vagas: manual para a gestão da lotação prisional, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/manual-central-de-regulacao-de-vagas.pdf>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁶⁴ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Central de regulação de vagas: manual para a gestão da lotação prisional, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/manual-central-de-regulacao-de-vagas.pdf>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁶⁵ Vaga prisional é o “espaço mínimo habitável destinado à ocupação de longa permanência por uma única pessoa, de uso regular e não intermitente, projetado arquitetonicamente para abrigar pessoa privada de liberdade, em condições operacionais de uso e que considere a proporcionalidade entre os leitos, serviços, fluxos, assistências e rotinas do estabelecimento penal”. 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.

A partir dessas informações, prevê-se a criação de um sistema integrado de informações em tempo real de cada unidade prisional e do sistema prisional em geral, que permite o cumprimento de diretrizes internacionais para o enfrentamento da superlotação carcerária, notadamente as Regras de Mandela, da ONU, que preveem a necessidade de um “sistema padronizado de gerenciamento dos registros dos presos em todos os locais de encarceramento” (regra 6) e a utilização desses registros para “gerar dados confiáveis acerca de tendências e características da população prisional, incluindo taxas de ocupação, a fim de criar as bases para a tomada de decisões fundadas em evidências” (regra 10). Em complemento ao sistema integrado de informações, estabelece-se a emissão de alertas de ocupação, que autorizam a adoção de medidas preventivas, quando se ultrapassa 90% da ocupação, de forma a evitar a superlotação, e emergenciais para conter a superlotação, quando se ultrapassa 100% da lotação¹⁶⁶.

A regulação de entradas nos estabelecimentos prisionais, como proposto na Central de Regulação de Vagas, é uma ferramenta importantíssima para controlar a superlotação e pode ser feita de duas formas: pela criação de lista de espera e através do controle de vagas excedentes.

A lista de espera funciona como uma garantia preventiva à superlotação e já vem sendo usada no sistema socioeducativo, por meio da Resolução n. 367/2021 do CNJ¹⁶⁷. Verificada a inexistência de vaga, o acusado pode ser inserido na lista de espera, para cumprir a pena em regime de prisão domiciliar até surgir a vaga, podendo ser associada a inclusão na lista a medidas cautelares. A lista de espera, como prevê o CNJ, deve ser operada com base em requisitos simples e objetivos, sem considerar a natureza da condenação ou condições pessoais do condenado:

É recomendável seguir a ordem cronológica de inclusão na lista de espera, desprivilegiando outros critérios. O parâmetro cronológico evita uma série de contratempos, em particular conflitos envolvendo decisões oriundas de magistrados diferentes, sobre tipos penais

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ 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.

diferentes ou mesmo sobre distintos *status* jurídicos dos indivíduos. O respeito à cronologia reafirma a soberania de todas as decisões judiciais, sob uma lógica estritamente objetiva e proporcional¹⁶⁸.

O CNJ sinaliza também que o prazo de permanência na lista de espera não pode ser longo, isto é, devem ser observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade:

Com uma natureza de solução temporária, a permanência na lista de espera não deve levar a situações em que a prisão deixe de ser executada por longos meses ou mesmo anos após a decisão ou sentença judicial, visto que perderia grande parte de sua força, seja o objetivo de cautelaridade, no caso da prisão provisória, ou objetivo punitivo e reabilitativo, no caso de prisão por condenação¹⁶⁹.

Para além da lista de espera, está prevista a criação de um sistema de vagas excedentes, caracterizada pela “excepcional acomodação de um preso ou presa em uma unidade prisional que esteja acima de sua capacidade (com 100% ou mais de lotação) por um período determinado”¹⁷⁰. O prazo de ocupação das vagas excedentes não deve ultrapassar 30 dias e, em nenhuma hipótese, autoriza-se superlotação superior a 120% da capacidade prisional. O CNJ registra, ainda, que as vagas excedentes, uma espécie de “capacidade negociada”, devem ser utilizadas em situações excepcionais:

a adoção de vagas excedentes temporárias deve ser uma ferramenta de uso efetivamente excepcional, restrita ao contexto de muitos indivíduos presos em razão de operações policiais ou número atípico de flagrantes em um determinado dia, ou situações similares. Não deve haver vagas excedentes com ocupação regular ou cotidiana, sob pena de frustrar os esforços de combate à superlotação e legitimar-se um estado de coisas já reconhecido como inconstitucional¹⁷¹.

¹⁶⁸ 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, p. 86.

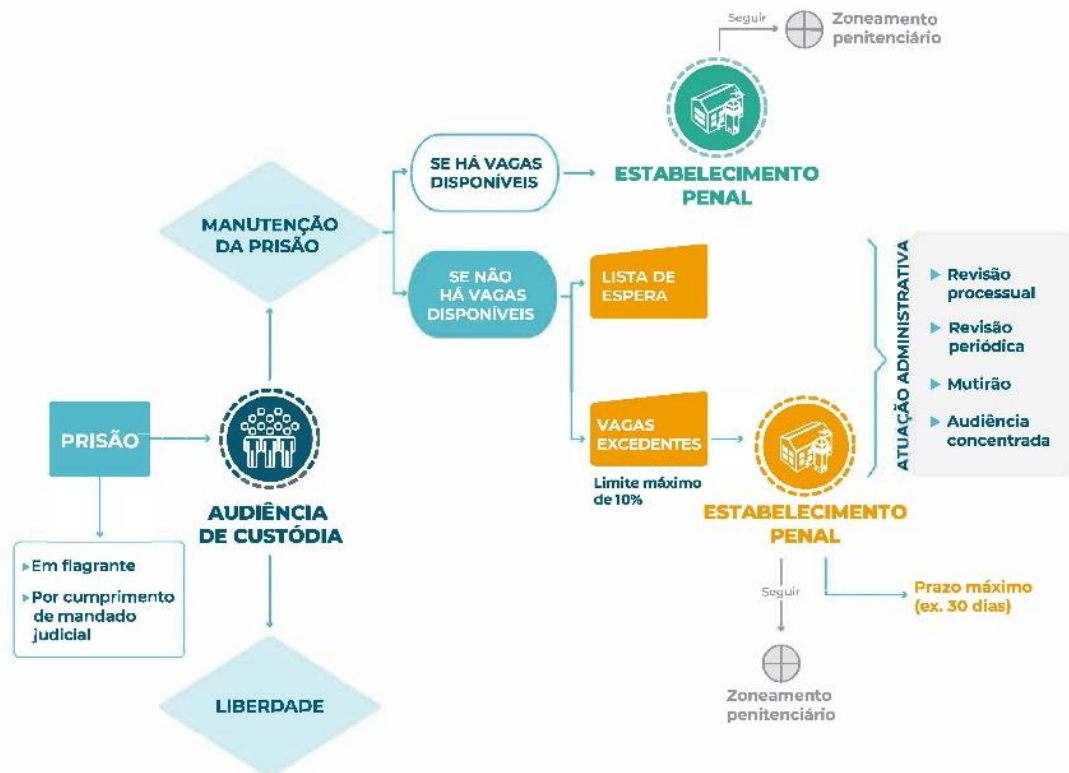
¹⁶⁹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Central de Regulação de Vagas: Manual para a Gestão da Lotação Prisional. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

¹⁷⁰ 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, p. 88.

¹⁷¹ 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, p. 90.

O fluxograma de regulação de vagas prisionais na porta de entrada, para efetivação da Central de Regulação de Vagas, é sinalizado pelo CNJ da seguinte forma:

Figura 1 – Fluxograma de regulação de vagas prisionais (porta de entrada) para efetivação da Central de Regulação de Vagas



Fonte: BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Central de regulação de vagas: manual para a gestão da lotação prisional, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/manual-central-de-regulacao-de-vagas.pdf>. Acesso em: jun. 2023, p. 96.

Também está prevista a utilização de ferramentas de regulação de vagas na porta de saída, para conter a superlotação em situações excepcionais: a remoção cautelar e a transferência entre estabelecimentos prisionais.

A remoção cautelar consiste na soltura da pessoa presa em condições degradantes; pode alcançar presos provisórios e definitivos e tem por fundamento o desvio de execução¹⁷². Os efeitos da remoção cautelar podem ser duradouros,

¹⁷² 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

quando caracterizarem saída antecipada, na forma da súmula vinculante n. 56 do STF, ou provisórios, com a substituição da prisão provisória ou em regime fechado por prisão domiciliar¹⁷³.

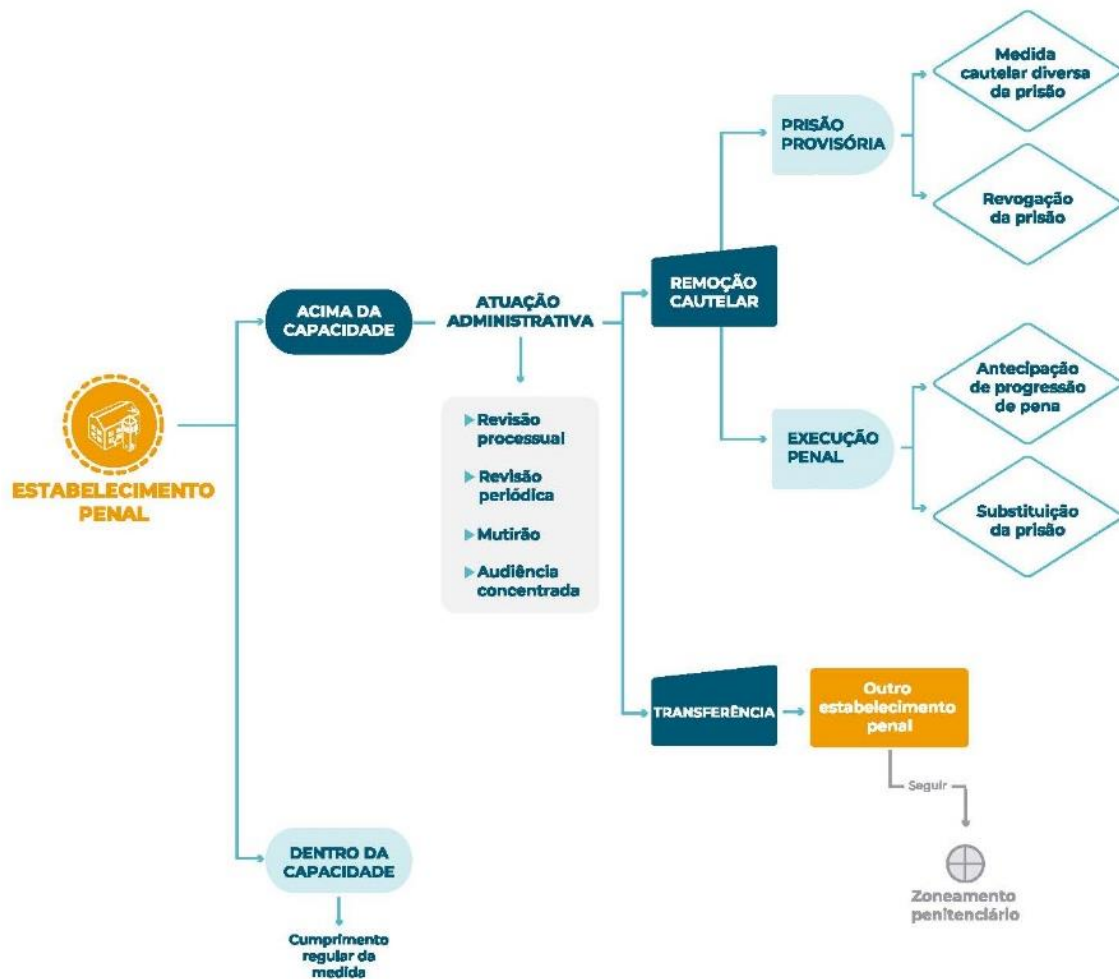
A transferência entre estabelecimentos prisionais é a medida mais comumente utilizada pelos gestores do sistema prisional, porém, de forma desvinculada da garantia de *numerus clausus*: o preso apenas é transferido de um presídio superlotado para outro um pouco menos lotado. A previsão de transferência, na Central de Regulação de Vagas, está fundada em diretrizes internacionais, que exigem prévia autorização de autoridade competente e consentimento do preso, além de um adequado zoneamento penitenciário, para uma solução sistêmica e permanente.

O fluxograma de regulação de vagas prisionais na porta de saída, para efetivação da Central de Regulação de Vagas, é especificado pelo CNJ conforme imagem abaixo:

Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 97.

¹⁷³ 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.

Figura 2 – Fluxograma de regulação de vagas prisionais (porta de saída) para efetivação da Central de Regulação de Vagas



Fonte: BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Central de regulação de vagas: manual para a gestão da lotação prisional, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/manual-central-de-regulacao-de-vagas.pdf>. Acesso em: jun. 2023, p. 97.

3.2 O cumprimento da pena em regime adequado

O cumprimento da pena em regime adequado é um direito fundamental por implicação lógica das garantias constitucionais da legalidade, da individualização da pena e da humanidade. Trata-se do direito de cumprir a pena fixada na sentença, na forma prevista em lei, sem agravamento das condições formais e materiais de aprisionamento, por inobservância do sistema de progressão ou por descumprimento das especificidades dos regimes prisionais.

A lei prevê de forma abstrata o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, semiaberto ou aberto, a depender da natureza da pena (reclusão ou detenção), do tempo de pena, da primariedade ou reincidência do acusado e do grau de reprovabilidade da conduta (art. 33 do CP/1940). Depois de apurada a responsabilidade penal e individualizada a punição durante o processo criminal de conhecimento, a execução da pena ocorre progressivamente, com a transferência para o regime menos rigoroso, por decisão judicial, segundo mérito do condenado e o tempo de pena cumprida (art. 112 da LEP).

Conforme rege a LEP, a pena em regime fechado deve ser cumprida em penitenciária de segurança máxima ou média, em local afastado do centro urbano, que não restrinja a visitação, e em cela individual com área mínima de 6 m², respeitados os requisitos de salubridade do ambiente (art. 87 e 88 da LEP). A penitenciária de mulheres deve contar ainda com seção para gestante e parturiente e creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa (art. 89 da LEP).

A pena em regime semiaberto deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, autorizando-se o alojamento coletivo, desde que observada a capacidade máxima do local, as regras de salubridade e a seleção adequada de presos (art. 92 da LEP). Caracteriza-se o regime semiaberto pelo maior convívio social e a possibilidade de atividades externas e saídas temporárias como “uma transição entre o isolamento do regime fechado e a efetiva integração social do regime aberto”¹⁷⁴.

O regime aberto, a última fase do sistema progressivo, tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado, que deve trabalhar ou estudar fora do estabelecimento, sem vigilância, e permanecer recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36 do CP/1940). O cumprimento do regime aberto na casa ocorre – ou deveria ocorrer – na casa do albergado, em prédio urbano caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Cada região deveria sediar uma casa do albergado, onde haveria aposentos para os presos e local adequado para a realização de cursos e de palestras (arts. 93 a 95 da LEP).

¹⁷⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023 e-book [versão kindle].

Nada disso se verifica no plano empírico. Há um abismo entre a vivência carcerária e o modelo jurídico do CP/1940, da LEP, e dos documentos internacionais de proteção a direitos humanos, destacadamente as Regras de Mandela e os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.

Não há vagas suficientes em regime fechado e nenhuma penitenciária oferece celas individuais, salvo aquelas destinadas, exclusivamente, ao regime disciplinar diferenciado. As penitenciárias já são projetadas e construídas em descumprimento ao modelo legal e o déficit de vagas para o regime fechado no Estado de São Paulo, mesmo considerando as celas coletivas e a superlotação, é de aproximadamente 30 mil vagas¹⁷⁵.

No regime semiaberto, abandonou-se o projeto de construção de colônias agrícolas ou industriais e há um déficit de 40 mil vagas em todo o país e de 10 mil vagas somente em São Paulo¹⁷⁶. A ausência de vagas no regime semiaberto em São Paulo é tão crítica que a Secretaria de Administração Penitenciária criou uma lista de espera que, em 2022, contava mais de 9 mil presos que aguardavam transferência no regime fechado¹⁷⁷. A solução (artificial) apresentada pela Secretaria de Administração Penitenciária foi destinar alas para o regime semiaberto dentro das penitenciárias de regime fechado, sem nenhuma diferença estrutural – os presos continuam em celas, sem acesso a trabalho ou atividades externas, e submetidos a mais restrições que os presos em regime fechado, pois dispõem de menos horas de banho de sol¹⁷⁸. O órgão entende, como se verifica de declarações do Secretário Nivaldo Restivo, que a fruição do regime semiaberto se resume ao remanejamento interno dos presos dentro da mesma penitenciária com o gozo eventual de saídas temporárias, o que não é

¹⁷⁵ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁷⁶ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁷⁷ A informação oficial foi transmitida ao STF nos autos de Reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n. 51888, j. 14-03-2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350120916&ext=.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

¹⁷⁸ ROSSI, Amanda. SP cria 'semiaberto fake' após STF declarar ilegalidade de fila por vaga. **UOL**. 06 ago. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/08/06/sp-cria-semiaberto-fake-apos-stf-declarar-ilegalidade-de-fila-por-vaga.htm>. Acesso em: jul. 2023.

correto¹⁷⁹. Criou-se um regime semifechado em que os presos continuam em celas, sem oportunidades reais de integração social, e sem preparação para a vida em liberdade, característica principal do regime semiaberto.

O cumprimento de pena em regime aberto é o mais negligenciado. No Estado de São Paulo, não há nenhuma casa do albergado em funcionamento e os presos cumprem a pena em sistema de prisão albergue-domiciliar, criando uma incoerência no sistema progressivo no qual a pena privativa de liberdade é mais vantajosa para o preso que a suspensão condicional da pena ou a pena restritiva de direitos. Isto ocorre porque, em regra, não há fiscalização e não se exige contraprestação do condenado, como as penas restritivas de direitos; ao contrário do *sursis*, considera-se como pena cumprida e o lapso temporal não será perdido na hipótese de descumprimento das condições impostas¹⁸⁰.

O STF, que há muito reconhece o direito subjetivo ao cumprimento da pena em regime adequado¹⁸¹, editou a súmula vinculante n. 56 apontando caminhos para solucionar essas ilegalidades. O enunciado da súmula rege que “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”¹⁸². O precedente indicado assim estabelece:

[...] Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. 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

¹⁷⁹ ROSSI, Amanda. SP cria 'semiaberto fake' após STF declarar ilegalidade de fila por vaga. **UOL**. 06 ago. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/08/06/sp-cria-semiaberto-fake-apos-stf-declarar-ilegalidade-de-fila-por-vaga.htm>. Acesso em: jul. 2023.

¹⁸⁰ Segundo o SISDEPEN, há 9 Casas do Albergado em todo o país e mais de 180 mil presos em regime aberto em prisão domiciliar. BRASIL. **Departamento penitenciário nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁸¹ “A partir do trânsito em julgado da sentença condenatória o sentenciado adquire o direito subjetivo de cumprir a pena nos exatos termos da condenação”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Habeas Corpus n. 77.399, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24-11-1998.

¹⁸² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Súmula Vinculante n. 56, Sessão Plenária de 29-06-2016, DJe 165 de 08-08-2016, p. 1.

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 sentenciado¹⁸³.

A súmula é de difícil compreensão, pois depende de leitura conjugada de outro processo – o RE 641.320/RS – e não apresenta soluções objetivas e imediatas para quem cumpre pena em regime mais gravoso que o estabelecido na sentença. Antes da concessão de prisão domiciliar, a qual o enunciado aponta como uma faculdade do julgador, são previstas medidas de difícil concretização prática nas varas ou departamentos de execução criminal, pois pressupõe um controle da população carcerária, em âmbito coletivo, o qual o juiz da execução não dispõe. Durante a discussão para aprovar a súmula vinculante, os ministros se preocuparam em estabelecer critérios de isonomia e equidade para a concessão da prisão domiciliar, de maneira que os presos mais antigos pudessem obter o benefício antes dos mais novos – daí a menção à saída antecipada. Ocorre que, as decisões na execução penal são proferidas em procedimentos individuais e o juiz da execução não tem controle da antiguidade dos presos, que são transferidos em curtos espaços de tempo entre uma penitenciária e outra – e com eles os processos de execução. Por isso, Gustavo Junqueira e Patricia Vanzolini destacam:

Entendemos que a Súmula é infeliz, pois, apesar do correto objetivo – impedir que o sentenciado cumpra regime mais grave que o imposto –, não é clara e unívoca sobre a medida a ser tomada, permitindo ao juiz manter o encarceramento ilegal enquanto organiza lista de presos por antiguidade para analisar possível antecipação da soltura (e a lista é infinita, pois é grande a circulação de presos que altera seu conteúdo) ou mesmo inspeção dos estabelecimentos para decisão sobre sua adequação ao regime semiaberto ou aberto. Acreditamos que a única solução para a eficácia será interpretar a parte final dos parâmetros do RE 641.320 como “deverá”, ou seja, enquanto não estruturadas as medidas, deverá ser imediatamente concedido regime aberto domiciliar¹⁸⁴.

É sintomático a esse respeito que o Min. Edson Fachin, nos autos da Reclamação n. 51.888/SP, tenha solicitado providências correccionais ao TJ-SP contra o juiz de primeira instância, em razão de reiterado descumprimento da súmula

¹⁸³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 641.320/RS, Rel. Min Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 11-05-2016.

¹⁸⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023 e-book [versão kindle].

vinculante n. 56. O ministro indicou mais de 15 reclamações ajuizadas contra decisões oriundas do mesmo juízo. Por sua vez, o magistrado solicitou esclarecimentos à Corregedoria Geral de Justiça sobre como cumprir a súmula vinculante, porque não dispunha de meios processuais concretos para proceder ao controle coletivo da população e gerenciar a saída antecipada de presos¹⁸⁵.

A proposta de súmula vinculante originalmente apresentada pela Defensoria Pública da União tinha redação mais clara e possibilitava, diretamente, a observância do direito fundamental ao cumprimento da pena em regime adequado, sem necessidade de se verificar listas de transferência ou outras medidas prévias: “O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução”¹⁸⁶.

A súmula vinculante n. 56 é uma evolução da jurisprudência do STF porque reconheceu de forma cogente o direito fundamental ao cumprimento da pena em regime adequado, mas deve ser aprimorada, para possibilitar a transferência mais célere do preso que cumpre pena em regime mais gravoso, mediante requerimento de quem o represente, processando-se tudo nos autos da execução individual da pena, sem necessidade de se recorrer a outros expedientes.

O enunciado também deveria ser interpretado de forma mais ampla, para considerar como regime “adequado” não somente aquele formalmente designado como fechado, semiaberto ou aberto, mas reconhecer direitos próprios de cada um dos regimes e possibilitar gradativa integração social do condenado, na forma prevista no art. 1º da LEP: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O regime fechado “adequado” deve ser aquele cumprido em penitenciária e não em cadeias públicas ou centros de detenção provisória, destinados exclusivamente a presos provisórios, e que não oferecem, em regra, serviços voltados aos presos de custódia definitiva, como trabalho e educação. O regime semiaberto “adequado” deve ser cumprido em estabelecimento prisional distinto da penitenciária,

¹⁸⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n. 51.888, j. 14-03-2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350120916&ext=.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

¹⁸⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 56, Sessão Plenária de 29-06-2016, DJe 165 de 08-08-2016.

possibilitando a prática de atividades externas, trabalho externo e maior convivência social, como a transição para o regime aberto e a vida livre. O uso do mesmo edifício para cumprimento das penas em regime fechado e semiaberto com a utilização de alas distintas (ou pavilhões separados) impõe restrições incompatíveis com o regime semiaberto. O regime aberto, caracterizado por maior abrandamento da privação de liberdade em comparação ao regime fechado e semiaberto, não pode ser cumprido em estabelecimento prisional e, na ausência de casa do albergado, deve ser cumprido em prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico.

A separação interna dos presos, segundo a situação processual, idade, sexo e gravidade do crime praticado também é um importante critério de cumprimento do direito fundamental ao regime adequado. Homens e mulheres devem cumprir pena em estabelecimentos distintos, observando-se em relação à população LGBTI o critério de autodeclaração, o respeito à identidade e expressão de gênero e o respeito à escolha consciente do local de cumprimento de pena, feita a partir de informações fornecidas pelo juiz das condições específicas de encarceramento em cada unidade prisional¹⁸⁷. Os presos provisórios não devem ser custodiados no mesmo local em que os condenados por sentença transitada em julgado; e entre os provisórios e definitivos também devem ser observados critérios de separação na unidade prisional conforme a gravidade do crime (art. 84 da LEP).

O desrespeito ao direito fundamental ao cumprimento da pena em regime adequado também pode ocorrer por morosidade do Poder Judiciário no julgamento dos requerimentos de progressão de regime. O problema poderia ser solucionado com a implementação da progressão automática de regime, na hipótese de inexistência de falta disciplinar ou qualquer outro impedimento: cumprido o requisito objetivo, o preso é automaticamente transferido para cumprir a pena em regime menos rigoroso, salvo a existência de impedimento. Inverte-se a lógica atual e o juiz da execução, que exerce a função de garantia de direitos do apenado, somente é chamado a decidir quando há impedimento à progressão. Já existe projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional para implementar o novo sistema, propondo nova redação ao art. 112 da LEP, nos seguintes termos (o projeto é anterior ao Pacote Anticrime, que estabeleceu novas faixas de progressão de regime):

¹⁸⁷ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 348, de 9 de outubro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado15421720210126601038596c499.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência automática para regime menos rigoroso quando o preso houver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, exceto se constatado mau comportamento carcerário, lançado pelo diretor do estabelecimento no registro eletrônico de controle de penas, caso em que a progressão ficará condicionada ao julgamento do incidente – em que obrigatoriamente se manifestarão o Ministério Público e a defesa – afastando a configuração da falta, respeitadas a prescrição e as normas que vedam a progressão¹⁸⁸.

A aprovação do projeto permitiria que o juiz da execução se libertasse de um papel burocrático de homologação de benefícios para assumir a função constitucional a ele atribuída de garantia de direitos.

Esse também é o entendimento de Luís Carlos Valois:

Pensamos que o melhor método seria que toda a execução penal ficasse a cargo da administração penitenciária, e que os direitos dos presos fossem imediatamente efetivados quando chegasse o tempo devido, sem intervenção judicial, esta que só deveria ser necessária caso tais direitos não fossem concedidos corretamente. [...]. Atualmente, o preso possui direito à progressão de regime, já cumpriu o tempo necessário e a direção informa o seu bom comportamento, mas ainda tem que aguardar o juiz ouvir o Ministério Público, muitas vezes confirmar os cálculos apresentados e realizar outras diligências, para só depois efetivar um direito que poderia ter sido gozado antes. As varas de execução penal não deveriam ser um entrave aos direitos do preso, mas locais de resguardo desse direito¹⁸⁹.

3.3 A excepcionalidade da prisão preventiva

A prisão provisória, imposta antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é medida excepcional, de natureza cautelar, e deve estar fundada em demonstração de indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado. A regra decorrente da garantia constitucional da presunção de inocência é a liberdade durante o processo e a prisão provisória a exceção, sempre

¹⁸⁸ O projeto já foi aprovado no Senado e tramita agora na Câmara dos Deputados, onde aguarda criação de Comissão Temporária. BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n. 9.054/2017. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836>. Acesso em: jul. 2023.

¹⁸⁹ VALOIS, Luis Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 83 (sem grifos no original).

motivada por circunstâncias concretas e atuais que indiquem a imprescindibilidade da medida.

Não são poucas as críticas dirigidas à prisão preventiva, dado o risco de anulação da presunção de inocência e de outras garantias processuais, como o direito de defesa e de paridade de armas com a acusação. Alguns autores afirmam, inclusive, que a prisão cautelar deveria ser extinta ou, ao menos, reduzida drasticamente sua utilização. Luigi Ferrajoli argumenta que não existe “decisão judicial e talvez nenhum ato do poder público que suscite tanto medo e mine tanto a confiança no direito como o encarceramento de um cidadão sem processo, em ocasiões durante anos”¹⁹⁰. O autor afirma que a prisão preventiva, antes que uma necessidade, é fruto de uma inconfessada visão inquisitiva do processo, que coloca o acusado em posição de inferioridade em relação à acusação e sujeito, desde logo, a uma punição exemplar e à presunção de culpa¹⁹¹.

A Comissão IDH reconhece a legitimidade da prisão preventiva, desde que orientada ao cumprimento de quatro princípios ou garantias fundamentais: (a) presunção de inocência como regra de tratamento que impõe o uso da medida de forma excepcional, em decisão motivada, para fins exclusivamente cautelares e por prazo certo; (b) tratamento humano como critério para avaliar as condições materiais de encarceramento e como limite à imposição de restrições não previstas em lei ou inadequadas aos fins cautelares da medida; (c) reconhecimento da posição de garante do Estado, que assume a obrigação positiva de garantia de direitos fundamentais do recluso, inclusive para satisfazer-lhe necessidades básicas, como serviço médico, alimentação e, sobretudo, segurança dentro do presídio; (d) compatibilidade entre o respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade e o cumprimento dos objetivos da segurança cidadã: “o respeito aos direitos humanos das pessoas presas não está em conflito com os objetivos da segurança cidadã, mas, ao contrário, é um elemento essencial para sua realização”¹⁹².

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 555-556 (tradução nossa).

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 556 (tradução nossa).

¹⁹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>. Acesso em: jul. 2023 (tradução nossa).

No Brasil – e na América Latina como um todo, conforme identificou a Comissão IDH¹⁹³ – há um uso abusivo da prisão preventiva. O que deveria ser uma medida excepcional tornou-se um problema crônico. No país, o número de presos provisórios representa mais de 1/4 da população prisional; entre o total de 835.643 pessoas presas em dezembro de 2022, segundo os dados oficiais do DEPEN, 225.998 eram presos provisórios¹⁹⁴. No Estado de São Paulo, há 43 unidades prisionais exclusivas para presos provisórios, todas superlotadas, com exceção de uma unidade feminina em Franco da Rocha. Há mais três em construção nos municípios de Aguai, Riversul e Santa Cruz da Conceição¹⁹⁵. O total de presos provisórios nesses Centros de Detenção Provisória, segundo dados oficiais da Secretaria de Administração Penitenciária, é de 41.081 pessoas. Há, ainda, mais presos provisórios espalhados em penitenciárias e centros de ressocialização, muitas vezes custodiados em meio aos presos definitivos¹⁹⁶.

O elevadíssimo número de presos provisórios demonstra que a prisão preventiva assume a função velada de antecipar a pena, sem direito ao processo e sem direito de defesa, em busca de uma punição rápida e exemplar, porém ilegal e injusta. Prova disso está em pesquisa realizada pelo IPEA, cujos resultados demonstraram que 37% das prisões provisórias, entre centenas de processos verificados em vários estados da federação, não se converteram em penas privativas de liberdade, e que 17,3% dos presos provisórios foram absolvidos ao final do processo:

no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou teve de cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se, ainda, os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), constata-se

¹⁹³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>. Acesso em: jul. 2023 (tradução nossa).

¹⁹⁴ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

¹⁹⁵ A Secretaria de Administração Penitenciária disponibiliza, diariamente, os dados relativos à ocupação e capacidade de cada unidade prisional, incluídos os Centros de Detenção Provisória. ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/principal.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁹⁶ O número de presos provisórios é altamente flutuante e os dados apresentados referem-se ao dia 11 de julho de 2023. ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/principal.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade. Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país¹⁹⁷.

As condições de encarceramento durante a prisão provisória são piores que a prisão definitiva visto que todas as mazelas do cárcere são intensificadas durante o cumprimento da prisão provisória. Ana Messuti lembra que a qualidade do tempo que se vive durante o cumprimento da pena não é a mesma de quem vive livre da pena, exatamente por se tratar de um tempo de angústia e de espera:

Qualquer atividade que se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. Ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena está imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente. E esta imobilidade poder-se-ia qualificar de espera¹⁹⁸.

Para o preso provisório, o transcurso do tempo é ainda mais angustiante, porque a punição e a duração da pena são incertas; a espera não é apenas pelo fim da custódia, mas também pela condenação. A situação se agrava com a superlotação, que torna a permanência mais aflitiva, e com a inexistência de trabalho ou outras atividades que poderiam aliviar a agonia da espera e a sensação de tempo perdido. Os Centros de Detenção Provisória de São Paulo, por exemplo, não dispõem de espaço – nem mesmo projetado – para oficinas de trabalho e a oferta de serviço se resume à utilização de poucos presos em atividades internas de manutenção, como limpeza ou distribuição de comida. Segundo a Secretaria de Administração Penitenciária, os CDPs da capital – e a realidade não é distinta no interior do Estado – não oferecem trabalho para nem mesmo 10% da população custodiada¹⁹⁹. A maioria

¹⁹⁷ BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. A aplicação de penas e medidas alternativas: Relatório de pesquisa. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/rp_aplica%c3%a7%c3%a3o_2015.pdf. Acesso em: jul. 2023.

¹⁹⁸ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi Toledo. São Paulo: RT, 2003, p. 44.

¹⁹⁹ A SAP noticiou ao SISDEPEN a existência de 45 postos de trabalho no CPD Pinheiros I; 62 no CDP Pinheiros II; 24 no CDP Pinheiros III; 12 no CDP Pinheiros IV; 45 no CDP Chácara Belém I; 70 no CDP Chácara Belém II; 64 no CDP Vila Independência. Nenhum desses presídios tem menos de 700 presos. BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

dos presos provisórios não exerce nenhuma atividade durante a custódia, o que, paradoxalmente, torna a prisão de quem é presumivelmente inocente mais aflitiva do que a prisão de quem é culpado.

A Comissão IDH indicou caminhos para reduzir a prisão preventiva, que podem levar o princípio da excepcionalidade e as garantias de presunção de inocência e tratamento humano ao nível de concretização prática²⁰⁰.

Em caráter geral, a Comissão IDH demonstrou a necessidade de se adotar plano estratégico de capacitação e sensibilização de autoridades judiciais – e de todo o sistema de justiça – sobre a necessidade de uso de medidas cautelares diversas da prisão e adoção de padrões internacionais aplicáveis a essa matéria²⁰¹.

A medida é salutar, pois os juízes criminais, responsáveis pelos processos de conhecimento, não conhecem o sistema prisional; decretam e revogam as prisões preventivas, mas não visitam os CDPs e não veem as condições de encarceramento. A obrigação das visitas mensais é do juiz da execução, que não tem responsabilidade sobre a custódia cautelar (art. 66, VII, da LEP). No Brasil, o art. 310, II, do CPP/1941 estabelece que a prisão preventiva somente pode ser imposta, quando incabíveis as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP/1941, que abarca desde o comparecimento periódico em juízo à monitoração eletrônica, em rol amplo que possibilita o cumprimento de objetivos cautelares, resguardando-se a prisão preventiva para hipóteses verdadeiramente excepcionais. É preciso estimular uma mudança de cultura, em superação ao paradigma inquisitivo, no qual a prisão é a regra e a liberdade a exceção, para que as normas já existentes sejam aplicadas.

A Comissão IDH também indicou medidas concretas para atenuar a prisão preventiva, dentre as quais destacam-se a necessidade de efetivo controle judicial das condições materiais de detenção, inclusive garantindo independência e inamovibilidade ao juiz responsável pela inspeção; acesso a atividades laborais e recreativas, como forma de atenuar a agonia da espera; possibilidade de visitas ao preso por familiares e amigos; separação dos presos por idade, sexo e entre presos

²⁰⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

²⁰¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

definitivos e provisórios; por fim, fortalecimento da Defensoria Pública, garantindo-se meios eficazes de atuação desde a prisão em flagrante²⁰².

A adoção das audiências de custódia também é um importantíssimo mecanismo para reduzir a prisão preventiva. Em 2015, quando foi implementada a medida, havia 262 mil presos no país; em 2019, ano imediatamente anterior à pandemia, o número já havia sido reduzido para 230 mil presos, o que comprova a eficácia da medida²⁰³.

Logo após a detenção, o preso é encaminhado à presença de um juiz, que o ouve em procedimento oral sobre as circunstâncias da prisão e decide, na própria audiência, depois de manifestação do Ministério Público e da defesa, sobre a legalidade do ato e sobre a possibilidade de concessão de medida cautelar menos grave que a prisão. A imediatidade entre a prisão e a apresentação do preso possibilita maior controle da atuação policial, com potencial para reduzir arbitrariedades²⁰⁴; e, sobretudo, garante o direito de ser ouvido e de estar presente logo no início da persecução penal, possibilitando que o juiz, em vista das informações trazidas pelo acusado, aplique medidas cautelares adequadas às circunstâncias apresentadas.

Acrescenta-se, como proposta de alteração ao CPP/1941, que a decretação da prisão preventiva, em audiência de custódia, deveria estar condicionada à existência de vaga para o cumprimento da medida, em consequência lógica à garantia de humanidade. Deparando-se com a superlotação durante a audiência de custódia, o juiz deveria ser compelido, por lei, a substituir a prisão preventiva por outra medida cautelar ou, não sendo recomendável, deveria revisar a prisão de outro preso provisório, criando a vaga. Os critérios para revisão poderiam estar fundados na duração da prisão provisória, substituindo-se a prisão de quem está preso há mais tempo; ou afastando-se a prisão de quem não é acusado da prática de crime violento;

²⁰² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. Disponível em:

<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

²⁰³ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

²⁰⁴ Nesse sentido, Caio Paiva sublinha: “garantindo-se a apresentação imediata, ou, ainda, ‘sem demora’, a audiência de custódia pode eliminar – pelo menos – a violência policial praticada no momento da abordagem no flagrante e nas horas seguintes, pois os responsáveis pela apreensão/condução do preso terão prévia ciência de que qualquer alegação de tortura poderá ser levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judicial, da defesa (pública ou privada) e do Ministério Público, na realização da audiência de custódia”. PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. e-book [versão kindle].

ou é primário ou qualquer outra medida prevista pelo legislador. Todas essas providências deveriam ficar a cargo do juiz de garantias, que deve realizar as audiências de custódia e zelar pela observância dos direitos do preso, especialmente o tratamento humano no cárcere.

O altíssimo número de presos provisórios no país e de prisões provisórias que não se convertem em pena privativa de liberdade, conforme demonstrou o IPEA²⁰⁵, evidencia que não há problema de falta de vaga, mas de critério na decretação das prisões preventivas. A garantia de *numerus clausus* auxiliaria a observância da excepcionalidade da prisão preventiva para o cumprimento de fins estritamente processuais, e não de mal disfarçada antecipação de pena.

3.4 Remição ou compensação por pena ilícita – a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

As garantias de estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade obrigam o Estado a cumprir – exclusivamente – a pena prevista em lei, na forma prevista em lei e nos limites estabelecidos na sentença condenatória, sem agravar o ilícito da situação do condenado por infringência a limites quantitativos ou qualitativos do apenamento.

A prática carcerária brasileira demonstra, no entanto, que a violência imposta ao condenado supera – e muito – a mera privação de liberdade. A Comissão IDH e o Conselho de Direitos Humanos da ONU reconheceram que o mero cumprimento da pena no Brasil configura situação de tratamento cruel, desumano e degradante e até mesmo tortura, em razão das condições deploráveis de encarceramento²⁰⁶. O STF declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional e, desde então, não houve mudanças significativas, conforme já manifestado pelo CNJ:

²⁰⁵ “37% das prisões provisória não se convertem em pena privativa de liberdade e 17% dos presos são absolvidos, o que demonstra o abuso na prisão preventiva”. BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. A aplicação de penas e medidas alternativas: Relatório de pesquisa. Disponível em:

https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/rp_aplica%c3%a7%c3%a3o_2015.pdf. Acesso em: jul. 2023.

²⁰⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UFxJhS>. Acesso em: nov. 2022; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conselho de Direitos Humanos**. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>. Acesso em: mar. 2023.

Cinco anos depois, para além de melhorias incrementais em algumas frentes, não é possível dizer que esse quadro foi superado, especialmente devido à complexidade de fatores causais que incluem desarranjos históricos em nossa sociedade e dinâmicas institucionais que tendem à inércia, incluindo a desarticulação federativa, problemas sociais e supervalorização de soluções em segurança pública. O quadro de fatores se agravou nas últimas três décadas. Embora com uma velocidade menor nos últimos anos, mantêm-se cenários como a superlotação e serviços insuficientes áreas de saúde, alimentação e segurança das pessoas privadas de liberdade²⁰⁷.

No Estado de São Paulo, que contém um terço da população carcerária do país, a Defensoria Pública registrou em inspeção realizada em estabelecimentos carcerários durante a pandemia da Covid-19, que “o cenário apresentado é de total ilegalidade” e revela “desrespeito normalizado pelo Estado aos mais básicos direitos das pessoas presas”, em situação em que nem mesmo colchões são distribuídos de forma suficiente e as pessoas dormem amontoadas sobre finíssimas lâminas de espuma²⁰⁸.

Em inspeção judicial realizada pelo Departamento de Execução Criminal (DEECRIM) do TJ-SP no Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, em 2016, constatou-se que os presos dormiam nos corredores e em redes improvisadas, tamanha a superlotação; havia infestação de percevejos, excesso de lixo no interior das celas e risco de ruína, pois o prédio, construído em três pavimentos na década de 1930 para sediar um hospital, não suportava o peso decorrente do número de pessoas. A situação motivou, inclusive, a interdição (parcial) do presídio para reduzir a população carcerária, em ação civil pública promovida pela Defensoria Pública²⁰⁹.

²⁰⁷ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf. Acesso em: jun. 2023.

²⁰⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Inspeções em presídios durante a pandemia da Covid-19**. Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=9957>. Acesso em: jun. 2023.

²⁰⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 15ª Câmara de Direito Criminal. Apelação n. 000059-27.2017.8.26.0502, j. 25-11-2021.

Figura 3 – Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, Estado de São Paulo



Fonte: Imagem feita pelo diretor do Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, durante fiscalização. As fotos integram o processo público: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 15ª Câmara de Direito Criminal. Apelação n. 000059-27.2017.8.26.0502, j. 25-11-2021.

Figura 4 – Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, Estado de São Paulo



Fonte: Imagem feita pela equipe de Correição do DEECRIM durante fiscalização. As fotos integram o processo público: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 15ª Câmara de Direito Criminal. Apelação n. 000059-27.2017.8.26.0502, j. 25-11-2021.

Figura 5 – Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha, Estado de São Paulo



Fonte: Imagem feita pela equipe de Correição do DEECRIM durante fiscalização. As fotos integram o processo público: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 15ª Câmara de Direito Criminal. Apelação n. 000059-27.2017.8.26.0502, j. 25-11-2021.

A situação destacada não é distinta de outros presídios paulistas e brasileiros. O cumprimento da pena nessas condições, de todo desumanas, não pode ser equiparado ao cumprimento da sanção nas condições previstas em lei, que assegura ao condenado e ao internado “todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (LEP, art. 3º).

Juarez Tavares, diante desse cenário, destaca:

Note-se: o cumprimento de dez anos de pena em regime fechado, nas condições descritas na primeira seção deste parecer, pode ser equiparado à prisão em estabelecimento adequado pelo mesmo período de tempo? É inequívoco que o caráter aflitivo de ambas as situações hipotéticas é empiricamente distinto, dado de realidade esse que deve ser incorporado pelo discurso jurídico-penal, sob o risco de se perpetuar a ilegitimidade de sua reprodução²¹⁰.

A distinção entre a pena prevista de forma ideal na lei e na sentença condenatória e aquela aplicada pela instância punitiva permite extrair um conceito de pena real, que incorpora no plano concreto as condições de cumprimento da pena. A punição ficta prevista na lei, resumida à privação de liberdade, se equipara à punição real decorrente da superlotação e da ausência de condições materiais de encarceramento, por meio de um redimensionamento da pena na fase de execução²¹¹. Considera-se, conforme defende Juarez Tavares, “a vivência concreta no cárcere como dado empírico deslegitimante”²¹².

O fundamento disto, que se convencionou denominar compensação ou remissão por pena ilícita, conforme reconheceu a Corte IDH, é a presunção absoluta de que os juízes fixam as penas para serem executadas de forma lícita, e se não o são, por circunstâncias que não deveriam existir, mas existem, deve-se “reduzi-las de forma que seja computado como pena cumprida o excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado”²¹³.

²¹⁰ TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado nos autos da ADPF n. 347**, 2015. Disponível em: <https://rb.gy/onsj4>. Acesso em: jun. 2023.

²¹¹ TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado nos autos da ADPF n. 347**, 2015. Disponível em: <https://rb.gy/onsj4>. Acesso em: jun. 2023.

²¹² TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado nos autos da ADPF n. 347**, 2015. Disponível em: <https://rb.gy/onsj4>. Acesso em: jun. 2023.

²¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

A pena, ainda que ilícita, como reconheceu a Corte IDH, não perde a natureza de pena e, se vem sendo executada dessa maneira e causando sofrimento não previsto na sentença condenatória, deve permitir uma compensação a ser buscada por meio de um critério “o mais racional possível”²¹⁴. A solução indicada pela Corte IDH no caso do Instituto Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, foi estabelecer uma proporção entre a capacidade da unidade prisional e a superlotação, de forma que se a superlotação alcança 200% da capacidade, deve-se computar 2 dias de pena lícita por 1 dia de cumprimento de pena em condições degradantes:

Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes²¹⁵.

Outros critérios podem ser estabelecidos pelo juízo da execução penal em vista das condições específicas de encarceramento de cada unidade prisional. É certo, porém, que a pena nominal, ficta, somente será equivalente à pena real se atendidas todas as normas nacionais e internacionais de proteção à pessoa presa, o que dificilmente ocorre no Brasil, em contexto de generalizada superlotação e ausência de serviços públicos no interior dos presídios²¹⁶.

O reconhecimento da compensação por pena ilícita independe do crime cometido, porque a garantia de humanidade da pena alcança a todos. Nesse ponto, é criticável a decisão da Corte IDH, que criou critérios distintos e mais rigorosos para a concessão da remição a condenados por crimes contra a vida e crimes sexuais, de

²¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

²¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

²¹⁶ TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado nos autos da ADPF n. 347**, 2015. Disponível em: <https://rb.gy/onsj4>. Acesso em: jun. 2023.

acordo com uma prognose de conduta indicada por uma equipe criminológica formada por psicólogos e assistentes sociais²¹⁷.

A declaração da remição ou compensação por pena ilícita deve ocorrer por meio do incidente de excesso de execução (arts. 185 e 186 da LEP), para corrigir atos praticados além dos limites fixados na sentença ou normas legais e administrativas. A finalidade do incidente, segundo Alamiro Velludo Salvador Netto, é precisamente “a garantia da efetividade do princípio da legalidade na prática concreta de aplicação da pena”²¹⁸.

A ideia de remição por pena ilícita, certamente, não é imune a críticas. A solução ideal, em hipótese de cumprimento de pena em condição degradante, haveria de ser a transferência do preso para local adequado ou, não sendo possível, sua imediata liberação. A súmula vinculante n. 56 do STF oferece instrumental jurídico para a sua liberação, por isso, não deveria haver espaço para tergiversação no cumprimento de garantias fundamentais diretamente conectadas à dignidade humana. A própria Corte IDH reconheceu que a liberação dos presos, a qual apontou como solução “firmemente principista e quase inobjetable na lógica jurídica”, seria o procedimento adequado, mas se deixou conduzir por receio de um “enorme alarme social que pode ser motivo de males ainda maiores”, para estabelecer a compensação por pena ilícita²¹⁹. Alguns autores, a exemplo de Daniel Sarmiento, que inclusive assinaram a petição inicial da ADPF n. 347, rechaçam a solução de liberar presos em cumprimento de pena em situação degradante, ainda que impossível a transferência para outros locais:

Porém, conceber o princípio da dignidade humana como absoluto demandaria, nessa questão, bem mais do que isso: exigiria que fossem soltos desde já todos aqueles que estivessem presos em condições degradantes, se não fosse possível transferi-los imediatamente para estabelecimentos em condições condignas, independentemente de sua periculosidade. Impediria, de modo cabal, a decretação de novas prisões, a não ser quando fosse possível assegurar que as condições de encarceramento dos novos detentos

²¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

²¹⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 340.

²¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

seriam dignas. Não o fazer é aceitar a ponderação da dignidade humana dos presos com o interesse social na preservação da segurança pública. Acho que muito poucas pessoas iriam tão longe, negando de modo absoluto qualquer possibilidade de ponderação nessa questão. Conquanto bastante liberal em matéria penal, eu não vou tão longe²²⁰.

A compensação por pena ilícita surge, pois, como proposta intermediária para reduzir danos no cumprimento de pena em situação degradante, no meio do caminho entre a indenização financeira, a pior solução, e a imediata liberação do preso, a solução mais adequada para garantir humanidade, quando impossível transferir o preso para local adequado. Certamente, corre-se o risco de precificar a violação ao ordenamento e normalizar a crueldade, como alertam Gustavo Junqueira e Patricia Vanzolini²²¹. Contudo, acredita-se que a compensação por pena ilícita representa um avanço em comparação à jurisprudência atual do STF, que admite apenas o pagamento de danos morais, sempre fixados de forma módica em vista do prejuízo sofrido e sujeito, ainda, à interminável fila de precatórios²²².

Lembra-se que os juízes brasileiros, vinculados à jurisprudência da Corte IDH e obrigados a zelar pelo correto cumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como já recomendou, inclusive, o CNJ²²³, podem adotar a remição por pena ilícita tendo em vista a evolução da jurisprudência do STF.

Por fim, também se deve reconhecer a remição por pena ilícita em outras hipóteses, além da execução da pena em condições degradantes, por exemplo, quando o Estado descumpra a promessa de trabalho e estudo no interior do cárcere.

²²⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 97.

²²¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023 e-book [versão kindle].

²²² No julgamento do RE 580.252/MS, o STF afastou a possibilidade de remição por pena ilícita e fixou a seguinte tese a ser aplicada em repercussão geral: “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”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 580.252/MS. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 16-02-2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: jul. 2023.

²²³ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Recomendação n. 123, de 07 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Alexis Couto de Brito lembra que se o trabalho é um dever e um direito, o Estado deve proporcioná-lo e, se não o faz, deverá reconhecer a remição:

Estando o detento disposto à realização do trabalho e não podendo fazê-lo, caberá aos órgãos de execução o reconhecimento da remição, pela impossibilidade da transferência de sua ineficiência ao cidadão. A situação demonstra-se ainda mais transparente quando da existência de oportunidade oferecida ao preso de uma atividade formal e remunerada e a sua impossibilidade de usufruir dela por total ineficiência do Estado, como a alegação de inexistência de escolta ou do transtorno que a designação de segurança poderia causar à administração pública²²⁴.

O STJ, que sempre teve interpretação restritiva do art. 126 da LEP, para negar remição na hipótese de inexistência de oferta de trabalho, passou a aceitá-la durante a crise sanitária da Covid-19, inclusive, firmando tese em julgamento de recurso repetitivo:

Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico²²⁵.

A crise da pandemia foi uma situação extraordinária, mas a questão de fundo permaneceu: a impossibilidade de trabalho por circunstâncias alheias à vontade do preso – ademais, onde há a mesma razão deve prevalecer o mesmo direito, como princípio geral de direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

3.5 O fortalecimento dos Conselhos da Comunidade

Iñaki Rivera Beiras analisa que as soluções para os problemas da prisão não serão encontradas dentro da prisão, mas na sociedade, que é quem “cria, mantém e reproduz a prisão – e os presos – que temos. Por conseguinte, deve ser essa mesma

²²⁴ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *e-book* [versão kindle].

²²⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial n. 1.953.607/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, j. 14-9-2022.

sociedade que deve buscar fórmulas para sua superação”²²⁶. É preciso, defende o autor, abrir a prisão à sociedade e a sociedade à prisão, atravessando-a com o ingresso da sociedade civil, para a busca de alternativas no campo social e não apenas no jurídico²²⁷.

No Brasil, os Conselhos da Comunidade, previstos na LEP há quase 40 anos, podem cumprir essa função de controle social da execução da pena e de intermediação entre os presos e o sistema prisional. O órgão tem a atribuição legal de visitar os estabelecimentos penais, entrevistar presos, apresentar relatórios ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário e diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos em harmonia com a direção do estabelecimento prisional (art. 81 da LEP).

A inspeção mensal é uma valiosa oportunidade para representantes da sociedade civil verificarem pessoalmente as condições materiais de encarceramento, especialmente atendimento médico, alimentação, acesso à água, banho de sol e superlotação. Se constatadas irregularidades, devem provocar outros órgãos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, para assegurar os direitos do preso.

A possibilidade de articulação institucional com a rede de assistência social também é uma função importante do Conselho da Comunidade para superar a vulnerabilidade do preso, conforme verificado pelo CNJ:

o contexto das pessoas privadas de liberdade envolve vulnerabilidades de diversos âmbitos da vida, e uma das formas de enfrentar essas vulnerabilidades é a construção e o acionamento de redes de atenção e apoio. Nesse sentido, os Conselhos podem se relacionar não apenas com os demais órgãos da execução penal, como também com organizações que ofereçam serviços relevantes para a população prisional, e ainda, representar esse importante ponto conector da rede entre pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional e suas famílias com as instituições que devem garantir direitos²²⁸.

Outra importante função a ser desempenhada pelo Conselho da Comunidade, como propõe Iñaki Rivera Beiras, é a possibilidade de difusão do

²²⁶ BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Trad. Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 154.

²²⁷ BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Trad. Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 154.

²²⁸ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Os Conselhos da Comunidade. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi (coord.). Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/relatorio-conselhos-comunidade.pdf>. Acesso em: set. 2023.

universo carcerário para a população tomar conhecimento do que se passa dentro da prisão, em um cruzamento entre a opinião pública e a opinião nunca publicada (dos presos):

Se realmente se almeja que a sociedade mude suas atitudes em relação a esse problema, isso necessariamente exigirá uma (prévia) tarefa de informação real, verdadeira, sobre o que acontece em tal parcela da mesma sociedade. Sem informação prévia, ninguém pode modificar substancialmente os seus pré-julgamentos adquiridos²²⁹.

O juiz da execução, responsável por instalar e compor o Conselho da Comunidade (art. 66, IX, da LEP), deve garantir a atuação independente, observando-se a função primordial de garantia de direitos do preso e não de fiscal da execução, pois já existem outros órgãos aos quais compete esse dever. O Conselho da Comunidade não pode se transformar em órgão auxiliar do juiz ou do Ministério Público, menos ainda, arvorar-se a condição de “polícia da execução”.

A participação no Conselho da Comunidade, ainda, deveria ser remunerada, para que os interessados pudessem se dedicar à atividade. Seus membros deveriam ser eleitos, com garantia de independência, de forma análoga aos Conselheiros Tutelares, democratizando-se o máximo possível o acesso a quem tenha interesse em trabalhar em favor do preso e da sociedade.

3.6 O aprisionamento de grupos vulneráveis e a garantia de humanidade da pena

Todo preso está vulnerável perante o Estado em decorrência da custódia em uma instituição totalitária da qual depende para o atendimento de todas as suas necessidades, até as mais básicas, como alimentação e segurança²³⁰. Existe um grupo de presos, porém, em situação de extrema vulnerabilidade, que sofre a violação à garantia de humanidade de forma mais intensa e desproporcional em comparação

²²⁹ BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Trad. Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 162.

²³⁰ Ervin Goffman define a instituição total “como um local de residência e de trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por um período considerável de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem como exemplo claro disso, desde que consideremos que o aspecto característico de prisões pode ser encontrado em instituições cujos participantes não se comportaram de forma ilegal”. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 11.

ao restante da população prisional, em razão de sua condição física e da existência de necessidades especiais. Essas pessoas formam grupos minoritários, vítimas de riscos específicos no cárcere e podem ser marginalizadas e estigmatizadas pelos próprios presos: são os idosos, as mulheres grávidas, no pós-parto e no período de amamentação, as pessoas com deficiência e toda a população LGBTI²³¹.

O cumprimento da garantia de humanidade a essas pessoas impõe ao Estado uma discriminação positiva que possibilite atenuar a desigualdade e os riscos aos quais estão expostas. A Corte IDH reconheceu a necessidade de se atribuir um enfoque diferenciado para grupos minoritários e marginalizados como decorrência da garantia de humanidade ao explicitar que compete ao Estado

definir e implementar um conjunto de medidas concretas visando superar a discriminação (estrutural e interseccional) que os afeta. Caso contrário, os Estados estariam violando o disposto no artigo 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados específicos, podendo gerar tratamento contrário à proibição da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes²³².

Nas Regras de Mandela, da ONU, reconhece-se expressamente que o tratamento diferenciado, decorrente da condição de especial vulnerabilidade de alguns grupos de presos, não ofende a garantia de isonomia; ao contrário, cria meios para efetivar a igualdade na prática carcerária:

Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem levar em conta as necessidades individuais dos presos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. Medidas para proteger e promover os direitos dos presos portadores de necessidades especiais são necessárias e não serão consideradas discriminatórias²³³.

²³¹ Esse rol é exemplificativo. Há, ainda, outros grupos de presos especialmente vulneráveis, como os indígenas e os estrangeiros, que sofrem riscos específicos no cárcere e necessitam de proteção diferenciada, mas representam percentual inferior de encarceramento em comparação com outros grupos. Os indígenas representam 0,24% da população prisional e, os estrangeiros, menos de 0,5%. BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

²³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinión Consultiva 29/22 de 30 de mayo de 2022**. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: jul. 2023.

²³³ Regra 2.2. BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi (coord.), 2016.

Disposição semelhante consta nas Regras de Bangkok, ao reconhecerem, no art. 1º, que as mulheres presas têm necessidades específicas em comparação aos homens, e que a igualdade material entre os gêneros depende da atuação estatal diferenciada:

A fim de que o princípio de não discriminação, incorporado na regra 6 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos, seja posto em prática, deve-se ter em consideração as distintas necessidades das mulheres presas na aplicação das Regras. A atenção a essas necessidades para atingir igualdade material entre os gêneros não deverá ser considerada discriminatória²³⁴.

A discriminação positiva imposta em favor de presos em situação de extrema vulnerabilidade deve variar conforme as necessidades de cada grupo, dos riscos sofridos, das condições de saúde do preso e das condições reais de encarceramento. A garantia de proteção judicial também deve incidir de forma diferenciada em favor de presos nessa condição. Incumbe ao juiz da execução assegurar, independentemente de provocação, respeito à garantia de humanidade e “uma abordagem diferenciada no tratamento das pessoas privadas de liberdade, exercendo um controle adequado da convencionalidade de acordo com os parâmetros derivados do artigo 5.6 da Convenção Americana”²³⁵. Exige-se, ainda, mais dinamismo e sensibilidade do juiz para coordenar as atividades com a administração penitenciária, atender às especificidades dos grupos minoritários, além de obter conhecimento especializado das normativas e padrões internacionais de prevenção à tortura e a tratamento cruel e degradante. O exercício do direito de defesa, uma garantia de proteção judicial, também deve ser amplamente assegurado desde o início da custódia, inclusive, com atuação independente e especializada da Defensoria Pública.

²³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Bangkok Rules**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf. Acesso em: jan. 2023.

²³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinión Consultiva 29/22 de 30 de mayo de 2022**. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: jul. 2023.

3.6.1 Idosos

Os idosos – aqueles com mais de 60 anos de idade – representam apenas 1,89% da população carcerária nacional e 1,83% da população carcerária paulista, todavia, esse percentual vem aumentando significativamente. Desde 2018, quando o SISDEPEN passou a divulgar estatísticas da população prisional com recorte etário, o percentual de idosos no cárcere aumentou 49,64% em relação à população nacional e 17,92% em relação à população paulista²³⁶. Não é possível avaliar com segurança as razões para esse aumento e não se pode descartar a hipótese de inconsistência de dados, já que as estatísticas são elaboradas a partir de informações transmitidas pelas secretarias estaduais de administração penitenciária, que nem sempre mantêm bases de dados confiáveis. De toda forma, a ONU sinaliza que o aumento do número de idosos no cárcere é uma tendência mundial, que pode estar relacionada ao envelhecimento da população e ao recrudescimento punitivo em todo o mundo. É possível, portanto, que a porcentagem ainda aumente durante os próximos anos²³⁷.

Deve-se considerar, a esse propósito, que as penitenciárias são construídas para atender às necessidades da população jovem e, geralmente, não dispõem de dispositivos arquitetônicos adequados a idosos, que têm maior dificuldade de locomoção, ou serviços de saúde específicos para presos dessa faixa etária²³⁸. As dificuldades se intensificam em contexto de superlotação e em um estado de coisas inconstitucional, a justificar uma política de desencarceramento de idosos, possibilitando-se prioridade para a saída antecipada, na forma da súmula vinculante n. 56, além de se adotar critérios mais rígidos para se decretar prisão preventiva de idosos e mais amplos para conceder indultos.

²³⁶ Os dados estatísticos do SISDEPEN no período de julho a dezembro de 2018 registravam 8.099 presos idosos em todo o país e 3.030 em São Paulo; em 2022, os registros já apontavam 12.121 no país e 3.287 em São Paulo. BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

²³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Oficina de las Naciones Unidas contra la droga e el delito**. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf. Acesso em: jul. 2023.

²³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Oficina de las Naciones Unidas contra la droga e el delito**. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf. Acesso em: jul. 2023.

Para a ONU, o encarceramento de pessoas idosas, sobretudo do preso que recebeu pena longa e envelheceu no cárcere, esgarça as relações familiares e rompe vínculos sociais. Diante disso, deve-se dar especial atenção ao acesso à justiça da população idosa encarcerada, que terá mais dificuldade para buscar auxílio durante a tramitação processual e a execução da pena. Além disso, impõe-se auxílio especializado ao idoso egresso que, possivelmente, não terá para onde ir depois que deixar a prisão e necessitará de auxílio institucional²³⁹.

A CF/1988 estabelece, como garantia de humanidade ao preso idoso, o cumprimento da pena em estabelecimento distinto do restante da população carcerária (art. 5º, XLVIII, da CF/1988). A construção de presídios específicos para idosos, contudo, não é opção economicamente viável, haja vista o baixo percentual de presos nessa faixa etária. Além disso, a concentração de presos idosos em um único presídio, de forma a viabilizar a separação, poderia ocasionar distanciamento da família, agravando os efeitos nocivos da custódia²⁴⁰. Pensa-se que a garantia constitucional, que tem a finalidade de proteger, não pode colocar o idoso em posição desvantajosa, e deve ser interpretada como opção e não obrigatoriedade, possibilitando-se a garantia de atendimento especializado mesmo entre os presos jovens. Dessa forma, o Estado deve indicar estabelecimento prisional no qual seja possível a separação entre os jovens e idosos, que devem poder escolher, em consideração a situações particulares, o cumprimento da pena em local distinto, ainda que em meio a outros presos, porém mais próximos da família e da rede de apoio.

A ONU especifica como critério decisivo para a manutenção de presos idosos entre os jovens o efeito tranquilizador gerado em toda a população carcerária em razão do convívio com pessoas mais velhas. A garantia de humanidade da pena, nesses termos, será observada com a custódia em local com lotação adequada, que disponha de atendimento médico condizente com a condição física do idoso.

²³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Oficina de las Naciones Unidas contra la droga e el delito**. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf. Acesso em: jul. 2023.

²⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Oficina de las Naciones Unidas contra la droga e el delito**. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf. Acesso em: jul. 2023.

3.6.2 Pessoas com deficiência

As pessoas com deficiência – aquelas que sofrem diminuição da capacidade física, mental ou sensorial de longa duração²⁴¹ – enfrentam riscos específicos no cárcere por discriminação, dificuldades de locomoção e ausência de atendimento médico adequado à condição física, o que, como também ocorre com outros grupos vulneráveis, se potencializa em condições inadequadas de encarceramento.

Os desafios impostos aos presos com deficiência podem decorrer, também, da dificuldade de compreensão de regras ou de exposição de problemas, o que pode ser agravado com a falta de qualificação ou má vontade de funcionários do sistema prisional. Deve-se observar que os presos com deficiência têm necessidades médicas específicas relacionadas à incapacidade, inclusive necessidade de atendimento externo, o que pode ser facilmente negligenciado em razão das dificuldades criadas para a saída do presídio. A dificuldade de locomoção pode ocorrer, inclusive, dentro do cárcere, devido a barreiras arquitetônicas que impossibilitam acesso a banheiros, às áreas de trabalho e de circulação de visitas²⁴².

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conhecida como Convenção de Nova York, ratificada no Brasil com *status* de emenda constitucional, impõe aos Estados a adoção de medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa e judicial para evitar que pessoas com deficiência sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 2º).

Conforme registra a ONU, as principais medidas adotadas consistem em treinamento de pessoal, inclusive com a designação de um servidor específico para atender aos presos com deficiência, para interlocução com a administração prisional e garantia de tratamento humanizado e individualizado; atendimento médico especializado, inclusive com serviços específicos necessários, como fisioterapia e

²⁴¹ A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conhecida como Convenção de Nova York, e a Lei Federal n. 13.146/2015 definem a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

²⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Oficina de las Naciones Unidas contra la droga e el delito**. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf. Acesso em: jul. 2023.

terapia ocupacional; facilitação de acesso à justiça para garantia de direitos e preparação adequada para a vida em liberdade, considerando a necessidade de apoio para a conquista de trabalho²⁴³.

Registra-se, ainda, a necessidade de liberação humanitária do preso que, em razão de sua condição física, necessita de cuidados contínuos e enfrenta seríssimas dificuldades de adaptação no cárcere, por exemplo, os acometidos de cegueira, paraplegia e tetraplegia, muitas vezes decorrente da prática delitiva ou da atuação policial. O cumprimento da pena nessa condição acarreta sofrimento incompatível com a garantia de humanidade. A LEP deveria prever hipótese de perdão judicial, independentemente da natureza do crime, mesmo para aqueles considerados hediondos – em que há vedação legal à concessão de indulto –, quando a condição física do preso torne inviável o prosseguimento da execução.

O STJ tem interpretado o art. 117 da LEP, que autoriza a concessão de prisão domiciliar a situações específicas durante o regime aberto, de forma ampla para autorizar a medida a qualquer regime prisional, sempre que a realidade concreta assim o exigir.

Segundo o entendimento do Min. do STJ, Rogério Schiatti Cruz,

Determinadas previsões da Lei de Execução Penal devem ser interpretadas visando a sua harmonização com um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, da CF), de modo a assegurar acesso dos presos às necessidades básicas de vida, não suprimidas pela sanção criminal. Outrossim, não se sustenta a interpretação literal de dispositivo de lei que venha a fomentar, na prática, a manutenção do quadro caótico do sistema penitenciário, com implicações deletérias à integridade física dos presos²⁴⁴.

3.6.3 Mulheres

Em relação a mulheres presas (4,29% da população carcerária nacional ou cerca de 28 mil presas)²⁴⁵, impõe-se, como primeira medida, a custódia em local

²⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Oficina de las Naciones Unidas contra la droga e el delito**. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf. Acesso em: jul. 2023.

²⁴⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, Habeas Corpus n. 366.517/DF, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, Sexta Turma, j. 11-10-2016, DJe 27-10-2016.

²⁴⁵ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

distinto dos presídios masculinos (art. 5º, XLVIII, da CF/1988, e art. 82, § 1º, da LEP), e não apenas em celas ou alas separadas de presídios mistos, cuja população feminina é minoria e não dispõe dos mesmos serviços destinados aos homens, tampouco, serviços específicos para gestantes, parturientes e creches (art. 14, § 3º e 4º, e 89, da LEP)). Nesses locais mistos, não é possível a contratação, exclusiva, de carcereiras mulheres (art. 77, § 2º, da LEP), e o convívio com carcereiros do sexo masculino, em uma instituição total, pode sujeitar a presa a todo tipo de constrangimentos, até mesmo, à violação à dignidade sexual.

A custódia de presas gestantes, nos períodos pós-parto e durante a amamentação, deve ser evitada a todo custo, em razão dos efeitos nocivos à mulher e à criança, priorizando-se, sempre que possível, a adoção de medidas substitutivas ao cárcere, em observância às garantias constitucionais de humanidade da pena e de prioridade absoluta a crianças e adolescentes (art. 227). Segundo as Regras de Bangkok, da ONU, deve ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças a possibilidade de tomar providências necessárias em relação aos filhos antes do encarceramento, prevendo-se, inclusive, a possibilidade de suspensão da pena por um período razoável, priorizando-se o melhor interesse da criança em detrimento do poder punitivo estatal²⁴⁶. Em relação à prisão provisória, com mais razão, deve proceder à substituição da custódia por medidas substitutivas, haja vista a presunção de inocência, a natureza meramente cautelar da medida e o baixo risco social de imposição de medidas cautelares menos graves que a prisão (arts. 318 e 318-A do CPP/1941).

Não sendo possível substituir a pena (ou prisão provisória) por medidas não privativas de liberdade, o CNJ estabeleceu, em consonância com a jurisprudência da Corte IDH²⁴⁷ e o art. 83, § 2º, da LEP, ações mínimas do poder público para garantir a convivência entre mulheres privadas de liberdade e seus filhos. Destacam-se, entre essas medidas, respeitar o período de amamentação exclusiva, no mínimo, nos 6 primeiros meses de vida da criança, sem prejuízo de complementação, se necessário; garantir à gestante e à lactante apoio nutricional adequado à sua condição;

²⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Bangkok Rules**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf. Acesso em: jan. 2023. Regra 2.2.

²⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinión Consultiva 29/22 de 30 de mayo de 2022**. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: jul. 2023.

estabelecer a duração do período de convivência a partir da análise do caso concreto pela vara com competência pela infância e juventude, sem depender exclusivamente do aleitamento materno, com a participação das equipes interdisciplinares, observado o interesse superior da criança; conceder às presas lactantes licença da atividade laboral durante 6 meses, período a ser considerado para fins de remição, assegurando-se o mesmo direito às gestantes que não puderem trabalhar por recomendação médica; coibir a destituição do poder familiar exclusivamente em função da privação de liberdade, salvo previsão legal²⁴⁸.

Acrescenta-se a essas propostas a necessidade de conferir plena eficácia aos dispositivos da LEP que preveem direitos específicos a mulheres, destacando-se a possibilidade de progressão acelerada, nas hipóteses indicadas no art. 112, § 3º, da LEP e a instalação de berçários e creches anexas aos presídios femininos, como previsto no art. 83, § 2º, e 89, da LEP, para garantia do direito à convivência materna.

3.6.4 População LGBTI

A população LGBTI – as pessoas que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexo²⁴⁹ – têm necessidades especiais no cárcere e está exposta a riscos específicos em decorrência de discriminação, estigmatização e violência praticada por outros presos e por agentes penitenciários. Essa violência – historicamente imposta a pessoas não heterossexuais ou não binárias – é exacerbada no cárcere e, conforme sinalizado pela Corte IDH, pode tomar formas distintas, como

²⁴⁸ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 252, de 04 de setembro de 2018.

Estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências.

²⁴⁹ Adotou-se a sigla LGBTI em consonância com a nomenclatura utilizada pelo CNJ, mas não se desconhece outras formas de expressão de gênero, igualmente carentes de proteção, como as pessoas que se identificam como Queer ou assexuais. Segundo o CNJ, transgênero é o termo empregado para descrever uma variedade ampla de identidades de gênero cujas aparências e características são percebidas como atípicas, como transexuais e travestis, podendo-se reconhecer os homens trans, mulheres trans e pessoas que não se identificam com o espectro binário de gênero; intersexo é termo que designa pessoas que nascem com características sexuais físicas ou biológicas, como a anatomia sexual, os órgãos reprodutivos, os padrões hormonais e/ou cromossômicos que não se encaixam nas definições típicas de masculino e feminino; homens gays e mulheres lésbicas atraem-se por indivíduos do mesmo sexo e bissexuais podem se atrair por indivíduos do mesmo ou sexo diferente. BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 348, de 9 de outubro de 2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

o assédio, a violência verbal, psicológica e a exploração sexual, inclusive o estupro, decorrente de uma percepção de inferioridade de outros presos em relação a pessoas com orientação LGBTI, além de incitação ou tolerância à violência por parte das próprias autoridades prisionais²⁵⁰.

Os presos LGBTI formam um grupo marginalizado entre os marginalizados e a forma de proteção usualmente praticada é o isolamento dentro do cárcere em celas de proteção ou alas distintas, que não permitem o uso de áreas comuns e de trabalho e obrigam à permanência no interior da cela por longos períodos, em situação degradante. A situação é ainda pior quando são obrigados a conviver com o restante da população carcerária e se veem vinculados ao código moral imposto pelos outros presos: não podem sair das celas nos dias de visita, são obrigadas a fazer o que os presos entendem como “serviço de mulher” (por exemplo, limpeza e lavanderia), e podem se tornar “escravas sexuais” de outros presos²⁵¹. Em entrevista à *Human Rights Watch*, um preso *gay* relatou:

Cumprimos aqui duas penas: a imposta pelo juiz e a imposta pelos presos. Não temos valor para eles. Ninguém presta atenção na palavra de um homossexual. Eles nos deixam falar até certo ponto. Nenhum deles jamais beberia do meu copo. [...]. Eles dizem que não temos dignidade, nem honra ou direitos. Eles têm orgulho de serem homens, bandidos; eles são duros... Eles nos veem como objetos a serem usados. Se há uma rebelião, somos nós que sofremos. Os guardas aqui não têm controle sobre a situação lá dentro²⁵².

Não se pode perder de vista, a esse respeito, que a Corte IDH reconheceu que a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero são categorias protegidas pelo art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, impondo-se, assim, um controle de convencionalidade por parte de autoridades

²⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinión Consultiva 29/22 de 30 de mayo de 2022**. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: jul. 2023.

²⁵¹ HUMAN RIGHTS WATCH. **Behind bars in Brazil**. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/BRAZL98D.pdf. Acesso em: ago. 2023.

²⁵² HUMAN RIGHTS WATCH. **Behind bars in Brazil**. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/BRAZL98D.pdf. Acesso em: ago. 2023. A entrevista foi publicada em inglês (tradução nossa).

judiciais e penitenciárias para garantir igualdade de tratamento e proteção à integridade física e psíquica dentro do cárcere²⁵³.

Os princípios de Yogyakarta reconhecem, ainda, que a orientação sexual e a identidade de gênero integram a dignidade humana. Por isso, as autoridades judiciais e penitenciárias devem tomar medidas concretas para garantir os direitos da população LGBTI, destacando-se a necessidade de evitar maior marginalização no interior do cárcere; garantir atendimento de saúde, inclusive quanto à saúde reprodutiva, o acesso à informação e terapia de HIV/Aids, acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de redesignação de sexo/gênero, quando desejado; participação no processo de escolha do local de detenção; treinamento de agentes penitenciários sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não discriminação e monitoramento independente²⁵⁴.

O CNJ, considerando os preceitos constitucionais que vedam tratamento diferenciado em razão do sexo e a garantia de cumprimento de pena em estabelecimento distinto, de acordo com o sexo da pessoa apenada (art. 5º, XLIX, da CF/1988); e considerando, expressamente, os tratados internacionais de proteção de direitos humanos e instrumentos internacionais de proteção à pessoa presa, como as Regras de Mandela, Regras de Bangkok e os Princípios de Yogyakarta, reconheceu o direito fundamental à autodeterminação de gênero e sexualidade e estabeleceu que o local de custódia da pessoa LGBTI será fixado pelo juiz, em decisão fundamentada, após questionamento da preferência da pessoa presa sobre o local de custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas, onde houver²⁵⁵.

A resolução é elogiável por reconhecer o direito fundamental à orientação sexual, identidade e expressão de gênero e por garantir o direito à manifestação prévia

²⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinión Consultiva 29/22 de 30 de mayo de 2022**. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: jul. 2023.

²⁵⁴ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em:

http://clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: ago. 2023. Princípio 9.

²⁵⁵ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 348, de 9 de outubro de 2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

da pessoa presa, mas é omissa em apontar quais critérios devem ser utilizados pelo juiz para não atender a opção manifestada, deixando margem para discricionariedade e decisão enviesada por histórico preconceito, que também atinge o sistema de justiça.

A decisão liminar proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso, nos autos da ADPF n. 527 – que o plenário extinguiu sem conhecimento do mérito – era bastante mais avançada e deveria ser acolhida pelo pleno do STF, pois reconhecia o direito de escolha, tanto a transexuais mulheres, quanto a travestis, à opção por cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou em estabelecimento prisional masculino, em ala especial que assegure sua integridade física²⁵⁶.

²⁵⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527. Decisão liminar proferida em 18-03-2021. Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

CONCLUSÕES

1. O Estado Constitucional de Direito, surgido após as experiências totalitárias do século XX, caracteriza-se por uma vinculação do poder estatal ao cumprimento de direitos fundamentais protegidos em norma rígida de natureza constitucional.

2. Todo ato de exercício de poder no Estado Constitucional de Direito, incluída a execução da pena privativa de liberdade, se dirige à realização de direitos fundamentais elevados à condição de razão do Estado.

3. A existência de divergência entre o plano normativo e a realidade fática – entre o ser e o dever-ser – é um problema fisiológico do Estado de Direito, mas se tornou algo patológico no sistema carcerário brasileiro, a ponto de caracterizar situação de tratamento cruel, desumano e degradante, colocando em risco a democracia constitucional.

4. O sistema carcerário brasileiro é marcado por altíssimo grau de inefetividade de normas constitucionais; há descumprimento generalizado de normas primárias relativas à proibição de lesão a direitos fundamentais, e ineficácia de normas secundárias, que impõem a obrigação de anulação a atos lesivos e responsabilização face a lesões.

5. No Estado Constitucional de Direito, o Poder Judiciário exerce papel de garantia de direitos a toda a cidadania, mesmo a grupos minoritários e impopulares, como os encarcerados. Disso se extrai sua autonomia e independência perante os outros poderes, que são poderes de maioria; a função jurisdicional, é por essência, contramajoritária.

6. A função de garantia, no que diz respeito ao sistema carcerário, é exercida por todos os órgãos do Poder Judiciário, mas, sobretudo, pelos juízes de primeira instância, que têm o dever legal de zelar pelo correto cumprimento da pena e pela efetividade de garantias constitucionais no cárcere.

7. O CNJ, órgão de controle externo do Poder Judiciário, também exerce a função de garantia, expedindo resoluções e orientações para a atuação do Poder Judiciário na garantia de direitos da pessoa presa. Destaca-se a determinação de realização das audiências de custódia, antes mesmo da alteração do CPP/1941, e o estabelecimento de procedimentos para atender à população LGBTI no cárcere.

8. A Corte IDH também cumpre função de garantia, ainda que subsidiariamente ao sistema interno. Destaca-se o reconhecimento da posição de

garante assumida pelo Estado com o encarceramento e a responsabilidade, por ação e omissão, pela vida e integridade física dos presos.

9. O processo de internacionalização de direitos humanos representa importante limitação à soberania estatal para proteção mais eficaz de direitos humanos no cárcere, com possibilidade, inclusive, de responsabilização estatal em organismos internacionais.

10. A jurisprudência da Corte IDH tem eficácia interna vinculante e os juízes estão obrigados ao controle de convencionalidade (*ex officio*) de leis internas, inclusive com base na interpretação dada pela Corte IDH. Destaca-se o reconhecimento, pela Corte IDH, que a superlotação, por si só, configura tratamento cruel, desumano e degradante e que os Estados devem tomar medidas efetivas para reduzir a população carcerária.

11. As limitações constitucionais à punição impõem um critério de atuação durante a execução da pena em consonância a valores garantistas. Ademais, elas têm natureza contramajoritária, porque representam normatização de direitos fundamentais, por essência universais, dirigidos a toda a coletividade e insusceptíveis de derrogação por vontade da maioria.

12. O princípio da humanidade da pena, a mais importante diretriz garantista, direciona a execução da pena privativa de liberdade e confere concretude maior ao princípio regente da dignidade humana, no sentido de limitar e fundamentar a punição.

13. A incorporação de critérios de racionalidade na imposição da prisão, para atenuar os efeitos nocivos do cárcere, é o primeiro passo em direção à garantia de humanidade na punição. A racionalidade na punição diz respeito à compreensão dos efeitos nocivos e criminógenos do encarceramento e redução de sua utilização ao mínimo necessário.

14. O princípio da legalidade da pena impõe limitação formal à criação de tipos penais (legalidade em sentido amplo – reserva legal) e restringe a atuação do próprio legislador (legalidade em sentido estrito), indicando restrição de conteúdo em obediência a parâmetros constitucionais, no sentido de que não é possível adotar qualquer punição, mas somente aquelas que atendam à garantia de humanidade.

15. Na execução da pena, a garantia de legalidade obriga o Estado a cumprir, exclusivamente, a sanção fixada na sentença condenatória, na *forma* prevista em lei, sem agravamento da situação do condenado com a imposição de violência ilícitas.

16. A legalidade penal é indevidamente flexibilizada na fase de execução da pena, de forma conhecida e tolerada pelo sistema de justiça, para manutenção da antiga noção de relação especial de poder, em que o preso não é reconhecido como sujeito de direitos, mas objeto da execução.

17. A garantia fundamental à proteção judicial tem previsão constitucional e impõe uma garantia de meios à justiça efetiva, no sentido de que não basta ao Estado reconhecer direitos, mas é preciso torná-los efetivos.

18. Na execução da pena, a garantia de proteção judicial se impõe de forma peculiar, em razão da condição de vulnerabilidade do preso e da dependência exclusiva do Estado para atender as suas necessidades básicas. Como consequência, o Estado assume posição de garante da integridade física e psíquica do preso.

19. O núcleo da garantia de proteção judicial no cárcere reside no controle de legalidade por órgão diverso daquele materialmente encarregado da execução, a jurisdicionalização do processo de execução e a possibilidade de o preso dirigir-se diretamente à autoridade judiciária para proteger direitos, ampliando-se os canais de jurisdicionalização.

20. A prisão no Brasil – especialmente no ambiente judicial – é encarada de forma idealizada, sem avaliação crítica do funcionamento efetivo do sistema punitivo, que significa mais violação de direitos que ressocialização. Deve-se indicar meios efetivos para a constitucionalização da prisão.

21. A garantia de *numerus clausus* é estruturante do direito penitenciário e está diretamente conectada à garantia de humanidade da pena. A superlotação, por si só, configura hipótese de tratamento cruel, desumano e degradante.

22. A Central de Regulação de Vagas proposta pelo CNJ, sob gestão compartilhada do Poder Judiciário e do Poder Executivo, é mecanismo com imenso potencial de garantia perene aos direitos fundamentais e racionalização de gastos públicos, pois permite encontrar um equilíbrio duradouro da população prisional dentro da capacidade máxima do presídio.

23. O cumprimento da pena em regime adequado é um direito fundamental por implicação lógica das garantias de legalidade, humanidade e individualização da pena. Pode ser definido como o direito de cumprir a pena fixada na sentença, na forma prevista em lei, sem agravamento das condições formais e materiais de

aprisionamento, por inobservância do sistema de progressão ou por descumprimento das especificidades dos regimes prisionais.

24. A súmula vinculante n. 56 do STF deve ser aprimorada para permitir a transferência imediata do preso que cumpre pena em regime mais gravoso e deve ser interpretada de forma ampla, para considerar “adequado” o regime que reconheça direitos próprios do regime fechado, semiaberto e aberto.

25. A morosidade do Poder Judiciário não pode ser obstáculo à observância do direito fundamental ao cumprimento de pena em regime adequado. A progressão automática de regime, como prevista em projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, é mecanismo importante para solucionar esse problema.

26. As condições de encarceramento durante a prisão provisória – utilizada de forma abusiva no Brasil – são piores que aquelas da prisão definitiva e deveria estar pautada em critérios de excepcionalidade, observando-se a presunção de inocência.

27. A decretação da prisão preventiva, em audiência de custódia ou durante o processo, deveria estar condicionada à existência de vaga. Deplorando-se com a superlotação, o juiz deveria substituir a prisão preventiva por outra medida cautelar ou, não sendo recomendável, revisar a prisão de outro preso provisório, criando a vaga.

28. A pena prevista de forma ideal na lei e na sentença não pode ser comparada à pena real, cumprida em condição degradante. O excedente extrajurídico de sofrimento, que não deveria existir, mas existe, deve permitir reduzir a pena, como proposta intermediária para reduzir danos, no meio do caminho entre a indenização financeira, a pior solução, e o desencarceramento, a solução mais adequada, porém de difícil aceitação política.

29. O Conselho da Comunidade é importante órgão da execução penal que pode cumprir a função de abrir a prisão à sociedade e a sociedade à prisão, exercer o controle social da execução da pena e intermediar o diálogo entre os presos e o sistema prisional. Os integrantes do Conselho da Comunidade deveriam ser remunerados e eleitos, com garantia de independência, de forma análoga ao ocorrido com o Conselho Tutelar.

30. Todo preso está em posição de vulnerabilidade em razão do encarceramento em uma instituição, e da total dependência do Estado para o suprimento das suas necessidades, mesmo as mais básicas. Alguns deles, inclusive,

estão em posição de extrema vulnerabilidade, por exemplo, os idosos, as pessoas com deficiências, as mulheres grávidas, no pós-parto e no período de amamentação, e toda a população LGBTI.³¹ A garantia de humanidade para esses presos impõe discriminação positiva para atenuar a desigualdade e os riscos aos quais estão expostos. Deve-se considerar as necessidades do preso, os riscos sofridos durante o cumprimento da pena, as condições de saúde dessas pessoas e as reais condições do encarceramento.

32. Em relação ao preso idoso, deve-se observar a dificuldade de adaptação no cárcere, geralmente construído para aprisionamento de jovens, e as dificuldades de restabelecimento de vínculos familiares após o desencarceramento. A garantia de cumprimento de pena em presídio distinto da população jovem deve ser compreendida como uma opção ao idoso e não como uma imposição, pois pode acarretar distanciamento da família e da rede de apoio.

33. A LEP deveria prever hipótese de perdão judicial, independentemente da natureza do crime, mesmo para aqueles considerados hediondos – em que há vedação legal à concessão de indulto –, quando a condição física do preso torne inviável o prosseguimento da execução.

33. A custódia de mulheres deve ocorrer em local distinto dos homens, com vedação a presídios mistos, e a administração prisional e os órgãos do sistema de justiça devem conferir eficácia plena a dispositivos legais que asseguram a convivência entre mulheres presas e seus filhos.

34. A violência historicamente imposta à população LGBTI se manifesta de forma mais intensa no cárcere e deve ser reconhecido o direito de escolha, tanto a transexuais mulheres, quanto a travestis, à opção por cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou em estabelecimento prisional masculino, em ala especial que assegure sua integridade física.

REFERÊNCIAS

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Tercero en discordia**: jurisdicción y juez del estado constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2015.
- ATIENZA, Manuel. **Sobre la dignidad humana**. Madrid: Editorial Trotta, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1998.
- BENELLI, Silvio José. **A lógica da internação**: instituições totais e disciplinares (des)educativas. São Paulo: Unesp, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. *e-book* [versão kindle].
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *e-book* [versão kindle].
- CACICEDO, Patrick. O princípio da *less eligibility*, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, jan.-fev. 2015, p. 306-316. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_306.pdf. Acesso em: maio 2023.
- CACICEDO, Patrick. Punição e estrutura social no Brasil-Colônia: o público e o privado na reprodução da ordem escravista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 193, nov.-dez. 2022, p. 363-389.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. **Revista IIDH**, San José, 26, 1997, p. 11-46. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/4331837a-c745-4ab7-bd1d-e79160b7305a>. Acesso em: jan. 2023.
- CARVALHO, Rosiene. Após 15 mortos em celas ontem, 40 corpos de presos são encontrados no AM. **UOL**. 27 maio 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/27/governo-do-amazonas-confirma-novas-mortes-em-presidios.htm>. Acesso em: jul. 2023.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CASTILHO, Ela Wiecko de. **Controle de legalidade na execução penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World prison population list: thirteenth edition**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Kh0iQt>. Acesso em: 15 set. 2023.

FELTRAN, Gabriel. **Irmãos: uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**, 17, 2001, p. 31-46.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *In*: ESPÍ, Josep García-Borés; BEIRAS, Iñaki Rivera. **La cárcel dispar: retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los derechos humanos en el ámbito penitenciario**. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2016, p. 327-337.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 1. Teoría del derecho, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, v. 2. Teoría de la democracia, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **“Alternativas” à prisão: um encontro com Jean-Paul Brodeur**. Trad. Maria Ferreira. Rio de Janeiro: Vozes, 2022.

G1. **‘Massacre do presídio de Altamira’, no PA, maior tragédia carcerária depois de Carandiru, completa dois anos.** Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/07/29/massacre-do-presidio-de-altamira-no-pa-maior-tragedia-carceraria-depois-de-carandiru-completa-dois-anos.ghml>. Acesso em: jul. 2023.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Behind bars in Brazil.** Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/BRAZL98D.pdf. Acesso em: ago. 2023.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal.** v. I, t. I: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena.** Barueri: Manole, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; GARCIA, Bruno Paiva. Controle judicial da execução penal, dever de inspeção e a interdição de presídios: o papel do juiz na miséria do cárcere. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, abr.-maio 2022, p. 21-37.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal: parte geral.** 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023 e-book [versão kindle].

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio da humanidade das penas. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 433-442.

MARTINS, Rodrigo de Azevedo. **Finalidades da pena: do discurso à operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. e-book [versão kindle].

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi Toledo. São Paulo: RT, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. *e-book* [versão kindle].

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *e-book* [versão kindle].

PIOVESAN, Flávia; GIRARDI FACHIN, Melina; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *e-book* [versão kindle].

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: http://clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: ago. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *e-book* [versão kindle].

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Recorridos y posibles formas de la penalidad**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Los derechos fundamentales de los reclusos**. La construcción jurídica de unos derechos devaluados. Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Madrid: Dykinson, 2017.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Trad. Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCrim, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: RT, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Superpopulação carcerária. Controlo da execução e alternativas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, jun. 2013, p. 13-21. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7140/5116>. Acesso em: abr. 2023.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, 15, jan.-abr. 2014, p. 104-120.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ROSSI, Amanda. SP cria 'semiaberto fake' após STF declarar ilegalidade de fila por vaga. **UOL**. 06 ago. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/08/06/sp-cria-semiaberto-fake-apos-stf-declarar-ilegalidade-de-fila-por-vaga.htm>. Acesso em: jul. 2023.

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. 2. ed. São Paulo: Annablume-Fapesp, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SÁNCHEZ, Alexandra *et al.* Mortalidade e causas de óbitos nas prisões do Rio de Janeiro Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 37, set. 2021. Disponível em: <https://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1515/mortalidade-e-causas-de-obitos-nas-prisoas-do-rio-de-janeiro-brasil>. Acesso em: 12 set. 2023.

SANCHÍS, Luis Prieto. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado nos autos da ADPF n. 347**, 2015. Disponível em: <https://rb.gy/onsj4>. Acesso em: jun. 2023.

VALOIS, Luis Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Control de convencionalidad y sistema carcelario. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Controle de convencionalidade**. Brasília: CNJ, 2016, p. 65-77.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

REFERÊNCIAS VIRTUAIS – INSTITUIÇÕES E ÓRGÃOS PÚBLICOS

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n. 9.054/2017. Altera a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi (coord.), 2016.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública. Brasília: CNJ, 2023.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Recomendação n. 123, de 07 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 252, de 04 de setembro de 2018. Estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 348, de 9 de outubro de 2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 367, de 19 de janeiro de 2021. Dispõe sobre diretrizes e normas gerais para a criação da Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, no âmbito do Poder Judiciário.

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; (coord.). Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: jun. 2023.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf. Acesso em: jun. 2023.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Os Conselhos da Comunidade. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi (coord.). Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/relatorio-conselhos-comunidade.pdf>. Acesso em: set. 2023.

BRASIL. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Resolução n. 09, de 13 de novembro de 2009. Dispõe sobre a exigência mínima de presos por agentes em estabelecimentos penais destinados a presos provisórios e em regime fechado.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: jun. 2023.

BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. A aplicação de penas e medidas alternativas: Relatório de pesquisa 2015. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/rp_aplica%c3%a7%c3%a3o_2015.pdf. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. 366.517/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 11-10-2016, DJe 27-10-2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.953.607/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, j. 14-9-2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09-09-2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 466.343-1, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 641.320/RS, Rel. Min Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 11-05-2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527, Decisão liminar proferida em 18-03-2021, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 77.399, Segunda Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24-11-1998.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n. 51.888, j. 14-03-2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350120916&ext=.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 16-02-2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 56, Sessão Plenária de 29-06-2016, DJe n. 165, de 08-08-2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 15ª Câmara de Direito Criminal, Apelação n. 000059-27.2017.8.26.0502, j. 25-11-2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UFxJhS>. Acesso em: nov. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios e boas práticas para a proteção de pessoas privadas de liberdade nas Américas**, 2008. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: jan. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca**, Departamento de Tacna, Republica del Perú. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/countryrep/Challapalca.sp/informe.htm#_ftn29. Acesso em: maio 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>. Acesso em: maio 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas.** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos:** personas privadas de libertad, San José-Costa Rica. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39020>. Acesso em: abr. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf. Acesso em: jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: maio 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil.** Caso da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil.** Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **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: jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinión Consultiva 29/22 de 30 de mayo de 2022.** Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: jul. 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Inspeções em presídios durante a pandemia da Covid-19.** Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=9957>. Acesso em: jun. 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária.** Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/principal.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de Administração Penitenciária**. Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>. Acesso em: maio 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça Militar**. Resolução n. 09/2012. Institui o Regimento Interno de Execução Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”. Disponível em: <https://www.tjmsp.jus.br/resolucao-no-009-2012/>. Acesso em: maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Bangkok Rules**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf. Acesso em: jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice**. Nova Iorque, 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/compendium/English_book.pdf. Acesso em: jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conselho de Direitos Humanos**. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>. Acesso em: mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conselho de Direitos Humanos**. Repercusiones para los derechos humanos del recurso excesivo a la privación de libertad y el hacinamiento carcelario. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/848736?ln=es>. Acesso em: jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Oficina de las Naciones Unidas contra la droga e el delito**. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf. Acesso em: jul. 2023.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 10520: 2023 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – Resumo, resenha e resensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação