

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

MILENA DE ARAÚJO BARROS TAVARES

**A EFICÁCIA DO SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA NA
PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: reflexões em torno dos
sentenciados pela lei de drogas custodiados pela Penitenciária
Desembargador Sílvio Porto (João Pessoa/PB)**

**JOÃO PESSOA
2022**

MILENA DE ARAÚJO BARROS TAVARES

**A EFICÁCIA DO SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA NA
PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: reflexões em torno dos
sentenciados pela lei de drogas custodiados pela Penitenciária
Desembargador Sílvio Porto (João Pessoa/PB)**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dra. Lenilma Cristina Sena de
Figueiredo Meirelles

Co-orientadora: Dra. Ludmila Cerqueira
Correia

**JOÃO PESSOA
2022**

MILENA DE ARAÚJO BARROS TAVARES

**A EFICÁCIA DO SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA NA
PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: reflexões em torno dos
sentenciados pela lei de drogas custodiados pela Penitenciária
Desembargador Sílvio Porto (João Pessoa/PB)**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dr.^a Lenilma Cristina Sena de
Figueiredo Meirelles

Co-orientadora: Dr.^a Ludmila Cerqueira
Correia

DATA DA APROVAÇÃO:

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(ORIENTADORA)**

**Prof.^a Dr.^a LUDMILA CERQUEIRA CORREIA
(CO-ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)**

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos aqueles que fizeram parte da minha trajetória acadêmica.

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais que me incentivaram a ir atrás de uma faculdade em outro estado, e me ensinaram que a maior riqueza de uma pessoa é o conhecimento e o cuidado com os nossos familiares.

Aos meus irmãos, por sempre terem me incentivado a estudar cada dia mais, e que sempre foram minha pedra angular.

Ao Gabriel, vou me limitar a agradecer todo o amor, porque todo o mais é desnecessário.

Aos pais do meu companheiro, porque as famílias não exigem explicações maiores do que o carinho.

Eu não teria tido as experiências acadêmicas que tive se não tivesse encontrado o Grupo de Pesquisa e Extensão Loucura e Cidadania (LouCid), que me mostrou a potência da produção científica para fomentar transformações sociais por meio da construção do conhecimento de modo coletivo e interdisciplinar. Agradeço a todos do Loucid que mudaram minha forma de ver o meu curso de direito e pelos diversos momentos de cuidado. Agradeço especialmente a Douta Professora Ludmila Cerqueira Correia, que teve a paciência de me ensinar as pontes de pesquisar por meio de uma perspectiva crítica e vinculada a um propósito social.

A Douta Professora Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles por ter aceitado meu convite e o desafio de me guiar nesse estudo.

Aos meus grandes amigos do curso e que chegaram na minha vida ao longo desses anos.

A equipe da Coordenação de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, a qual me recebeu de braços abertos, me guiou para o meu desenvolvimento profissional e tem me dado a oportunidade de trabalhar no âmbito do sistema prisional do estado.

**“Se quiseres conhecer a situação
socioeconômica do país visite
os porões de seus presídios.”**

NELSON MANDELA

RESUMO

O sistema prisional brasileiro se encontra em colapso devido às péssimas condições de cumprimento de pena que proporciona, situação que acarreta em diversas violações de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade. O presente estudo analisa na perspectiva da criminologia crítica se o cumprimento das penas privativas de liberdade por meio do sistema progressivo, no estado da Paraíba, está atingindo sua finalidade. Foi feito um estudo de caso das condições de cumprimento da pena privativa de liberdade dos condenados por tráfico de drogas, que se encontram em regime fechado e custodiados pela unidade prisional com a maior população carcerária do estado da Paraíba, a Penitenciária Desembargador Sílvio Porto, situada em João Pessoa. A partir do método de pesquisa do materialismo histórico dialético, tratamos dos aspectos históricos da pena de prisão no mundo, desde seu surgimento, para a compreensão das mudanças ocorridas ao longo do tempo no que tange ao direito punitivo, realizamos uma revisão teórica da finalidade da pena e dos diferentes sistemas penitenciários, bem como uma pesquisa documental e exploratória por meio dos relatórios de visitas de inspeções efetuadas in loco pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Para fundamentar a discussão, realizamos o estudo por meio de autores renomados, bem como entre outros estudos acadêmicos. Destaca-se que foram buscados trabalhos acadêmicos relacionados ao tema abordado nas seguintes bases de dados: Scientific Electronic Library Online (SciELO), Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), Portal de Periódicos da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). É nítido que houve avanços nas condições de cumprimento de pena, bem como no tratamento dos criminosos, mas ainda assim persiste um abismo entre a legislação e o que de fato é aplicado. Foi analisado a maneira como a aplicação da penalidade no Brasil se dá a partir de uma perspectiva punitiva severa e descolada da realidade social, com graves consequências sobre a população pobre, negra, periférica e sem a garantia da proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e outras normativas, que protegem e dão segurança a todo e qualquer cidadão independentemente de sua cor, raça e condição social. Na perspectiva da criminologia crítica, foi verificado que esse abismo é motivado pelas classes sociais antagônicas, já que a própria sociedade mantém o alvo nos sujeitos etiquetados para garantir as desigualdades sociais entre riqueza e poder. É necessário que o estado faça distinção do que se pode proteger no âmbito do direito penal, bem como, do que não está legitimado a proteger. Constatou-se na presente pesquisa o quanto para além de tudo que se vem discutindo em torno da pena privativa de liberdade, se trata de uma pena falida, pois nunca conseguiu produzir os resultados a que se propunha, ou seja, proporcionar a reintegração social das pessoas presas e internas, e tem sob com o argumento da defesa social em meio à guerra às drogas, realizado encarceramento em massa dos corpos negros, com um elevado tempo para o alcance da progressão de regime, apesar de não haver previsão legal equiparando o tráfico de drogas aos crimes hediondos.

Palavras-chave: criminologia crítica; execução penal; guerra às drogas; encarceramento em massa; tráfico de drogas; direito punitivo; sistemas penitenciários.

ABSTRACT

The Brazilian penitentiary system is collapsing due to the poor quality of life the prisoners face while serving their time. This situation leads to several violations of the human rights of convicted offenders. The present study analyzes from the perspective of critical criminology whether the progressive system of serving sentences is being effective in the state of Paraíba - Brazil. In addition, a study was conducted on the conditions of custodial sentences of prisoners convicted for drug dealing. Those can be found in closed regimen, in custody on the biggest penitentiary by population standards; Penitenciária Desembargador Sílvio Porto, in João Pessoa, PB.

Through dialectic materialistic research, we dealt with the aspects of the history of custodial sentences in the world since its beginnings - to understand the changes in punitive law better. In addition, we engaged in a theoretical review of the purposes of sentences and the different penal systems. As well as documental research exploring the reports created after inspection visits done by the National Justice Council and the National Criminal and Penitentiary Policies Council.

To provide basis to the discussion, we conducted a study through renowned authors, as well as other academic articles. Highlighting the amount of great academic studies that can be found in the following databases: Scientific Electronic Library Online (SciELO), Biblioteca Digital Brasileira de Teses and Dissertações (BDTD), Portal de Periódicos da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior)

It is clear that there were breakthroughs in the conditions prisoners serve their time and the treatment of the convicted, but there is still an abyss between the legislation and what is applied. As a result, it was possible to deduct that the application of the sentences in Brazil is made through a highly punitive scope and separate from the social reality. Thus, having significant consequences on the poor, black and peripheral population; who don't get all of the protections specified in our national constitution, penitentiary execution law and other normative texts that should protect any citizens, regardless of their color/race/social condition.

From the perspective of critical criminology, it was verified that the abyss is motivated by the antagonistic social classes since society keeps a target on certain minorities, tagged as outsiders. Grating, thus, inequalities between classes and

securing the power of higher branches of society. The state must distinguish between what could be protected in penal law and what it can't.

It was identified in the present study that the discussion around punitive sentences is actually regarding a failing sentence. Since it could never serve the purposes it was meant to achieve - it could never aid the reintegration of convicts into society. The social protection motive is the only basis of a drug war that takes so many black bodies to prison. Having drug dealing as a heinous crime only belates the progression of the regimen, mixing non-violent prisoners with cruel criminals.

Key-words: critical criminology; sentence execution; war on drugs; mass incarceration; drug dealing; punitive law; penitential system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
ENCARCERAMENTO DOS CORPOS: “CADEIA GUARDA O QUE O SISTEMA NÃO QUIS”	15
Surgimento da prisão	16
Direito punitivo	21
Finalidade da pena	24
Sistemas penitenciários: a pena de prisão tem seus dias contados?	29
DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NO BRASIL	36
Evolução do direito penal no brasil	37
Finalidade da pena de prisão no brasil	42
Princípios limitadores do poder punitivo brasileiro	44
Princípios regentes da execução penal perante o indivíduo	50
Das Sanções Penais Brasileiras	52
Expansão do direito penal	56
Poder punitivo da classe dominante	58
EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL	64
Espécie de execução	69
Direitos e deveres dos sentenciados	70
Condições de cumprimento da pena	72
Do Excesso E Do Desvio	77
Da Disciplina	79
Estabelecimentos prisionais	84
Dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade	91
Progressão de regime	93
Guerra às drogas e encarceramento dos corpos	98
Dos Crimes De Tráfico De Drogas	105
Retroatividade Da Lei Nº 13.964/19	115
Sistema prisional da paraíba	126
Sentenciados por tráfico de drogas custodiados pela Penitenciária Desembargador Silvio Porto	130

CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS	143

1. INTRODUÇÃO

O contexto do sistema penitenciário é um ambiente marcado por ausências de investimento em condições básicas para as pessoas privadas de liberdade, as quais contrastam com o superinvestimento em políticas que fomentam o aumento da população encarcerada. Este é um cenário histórico e estrutural, de modo que as estratégias do neoliberalismo, das práticas de criminalização e de políticas de controle são direcionadas para as massas empobrecidas. Esta parcela da população, sem trabalho, a cada vez está sofrendo mais tortura, tendo menos garantias, penas mais longas, um verdadeiro suplício em vida.

Não obstante, é crescente o quantitativo de pessoas que defendem o aumento do encarceramento para diminuir a criminalidade e elevar a percepção de segurança. Entretanto, não há comprovação que com o aumento do aparato punitivo do Estado diminui-se a criminalidade. De certo, percebe-se que apesar da elevada utilização das penas privativas de liberdade, a criminalidade não tem sido reduzida.

Os encarcerados de diversas nacionalidades, bem como egressos do sistema prisional, sofrem com o estigma e o abandono do poder público que atua fundamentado em um Estado de Exceção, em que este tem o poder de ditar quem deve viver e quem deve morrer, desprovido do sujeito seu status político e, se não ativamente tirando-lhe a vida, expondo-lhe à morte.

Destaca-se que, no Brasil, segundo a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), o objetivo da Execução Penal é cumprir o disposto na sentença penal condenatória, com a finalidade de fazer com que o acusado seja responsabilizado pelos seus atos e ao mesmo tempo ressocializado para que possa voltar a viver em sociedade sem cometer novos delitos. Contudo, diante da realidade do cárcere, perdem para além disso, e após o cumprimento da pena privativa de liberdade, lutam para recuperar aquilo que nenhuma sentença judicial poderia lhes tirar, a dignidade.

Desse modo, diante do colapso do sistema penitenciário, o presente estudo analisa na perspectiva da criminologia crítica se o cumprimento das penas privativas de liberdade por meio do sistema progressivo, no estado da Paraíba, está atingindo sua finalidade. Para tanto, foi feito um estudo de caso das condições de cumprimento da pena privativa de liberdade dos condenados por tráfico de drogas, que se encontram em regime fechado e custodiados pela unidade prisional com a maior

população carcerária do estado da Paraíba, a Penitenciária Desembargador Sílvio Porto, situada em João Pessoa.

Para fundamentar a discussão, realizamos o estudo por meio dos seguintes livros: Vigiar e Punir de Michel Foucault (2014), Falência pena de prisão de Cezar Roberto Bitencourt (2011), o Direito Penal da Guerra às Drogas de Luís Carlos Valois (2017), Manual de Direito Penal Brasileiro de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002), entre outros estudos acadêmicos. Destaca-se que foram buscados trabalhos acadêmicos relacionados à execução penal, sistemas penitenciários, tráfico de drogas/entorpecentes, progressão de regime, criminologia crítica e sistema progressivo, nas seguintes bases de dados: Scientific Electronic Library Online (SciELO), Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), Portal de Periódicos da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Desse modo, a partir dos resultados encontrados, foram escolhidos a partir da leitura inicial dos resumos artigos, dissertações e teses tidas como mais relevantes para subsidiar o presente estudo.

O primeiro capítulo, a partir do método de pesquisa do materialismo histórico dialético, tratamos dos aspectos históricos da pena de prisão no mundo, desde seu surgimento, para a compreensão das mudanças ocorridas ao longo do tempo no que tange ao direito punitivo, bem como realizamos uma revisão teórica da finalidade da pena e dos diferentes sistemas penitenciários.

Nesse sentido, diante da necessidade de analisar a expansão do direito punitivo no Brasil, quais os limitadores do poder punitivo do Estado para a aplicação das sanções penais e a finalidade da execução da pena, foi realizada uma revisão teórica, com base em artigos científicos e dissertações, norteadas pela perspectiva da criminologia crítica.

Após, abordamos a normativa nacional sobre a execução da pena privativa de liberdade, com ênfase no estudo de caso do sistema prisional da Paraíba, a partir da análise das condições de cumprimento de pena das pessoas privadas de liberdade custodiadas pela Penitenciária Desembargador Sílvio Porto, sobretudo acerca dos sentenciados por tráfico de drogas, tendo em vista que a cada três presos¹, no Brasil, um se encontra preso devido à guerra às drogas. Nesse aspecto, se buscou analisar

¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em 09/06/2022.

especificamente a problemática das drogas, que ora se apresenta como elemento criminógeno, ora como elemento funcional de governabilidade institucional.

Diante da situação de calamidade pública, devido ao coronavírus, bem como pelos dados necessários estarem contidos nos processos judiciais, não se fez necessário fazer uma pesquisa de campo na unidade prisional Penitenciária Desembargador Silvio Porto. Solicitamos acesso aos dados a respeito da população carcerária desta unidade prisional tanto à Direção quanto à Gerência Executiva do Sistema Prisional (GESIPE-SEAP/PB). Todavia, a única informação obtida através da administração penitenciária foi a relação quantitativa dos condenados presos na mencionada unidade prisional, classificada pelo tipo penal cometido, motivo pelo qual não foi possível a verificação descritiva do tempo em que os presos e condenados por tráfico de drogas ficam presos em regime fechado, o índice de reincidência e qual o percentual dos condenados por tráficos de drogas submetidos aos procedimentos administrativos disciplinares (sindicâncias), bem como análise de forma qualitativa, a partir do levantamento nos processos de execução penal no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), as defesas dos referidos apenados submetidos aos procedimentos administrativos disciplinares e o cálculo dos requisitos para alcançar a progressão de regime.

Entretanto, para não prejudicar a análise da realidade das condições do cumprimento da pena privativa de liberdade na Penitenciária Desembargador Sílvia Porto, foi feita uma pesquisa documental e exploratória por meio dos relatórios de visitas de inspeções efetuadas *in loco* pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponibilizado por meio do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos prisionais no site GEOPRESÍDIOS, e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), disponibilizado no site do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

O terceiro capítulo analisa a eficácia do sistema progressivo do cumprimento de pena das pessoas sentenciadas por tráfico de drogas, que se encontram em regime fechado e custodiadas pela já referida unidade prisional, a partir da revisão das normas nacionais pertinentes no que diz respeito aos direitos e deveres dos sentenciados, bem como das condições de encarceramento no estado da Paraíba, sobretudo no estabelecimento prisional com a maior população carcerária, conforme os dados encontrados acima mencionados.

Ressalta-se que o presente estudo foi motivado pelas experiências acadêmicas da autora enquanto estagiária de direito da Coordenação de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado da Paraíba. Tal oportunidade, foi crucial para interpretação dinâmica e totalizante da realidade do sistema prisional paraibano, tendo em vista que foi possível acompanhar a realização de visitas de inspeções em cinquenta e sete estabelecimentos prisionais da Paraíba durante a pandemia mundial do coronavírus. Além disso, foi verificado que a estrutura curricular do curso de Direito da UFPB não aborda a complexidade da execução penal no país, assim, com o desejo de desenvolver um conhecimento mais aprofundado e crítico da matéria, foi buscada a participação em atividades extracurriculares, tais como seminários, cursos de formação, e sobretudo o engajamento em projetos de extensão.

2. ENCARCERAMENTO DOS CORPOS: “CADEIA GUARDA O QUE O SISTEMA NÃO QUIS”²

Sabe-se que a pena, como função punitiva, sempre esteve presente na vida da sociedade. A execução da pena privativa de liberdade, nas diversas modalidades da punição, surgiu com o propósito de combater a criminalidade, e com o passar dos tempos se tornou um setor autônomo, um artifício para distanciar a justiça da imposição das punições ao condenado, uma vez que “é indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir” (FOUCAULT, 2014). Todavia, o estado que pune é o mesmo que executa a pena, sendo assim, não basta condenar, é necessário executar a decisão condenatória.

O direito penal, conforme Bittencourt (2021), surgiu, portanto, como forma de controle social formalizado, incumbido de determinar uma solução às rupturas advindas da desinteligência dos homens, a partir do momento em que assumem certas proporções, e os outros meios de controle social não conseguem pacificar a convivência social. Assim, o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado.

Desse modo, “falar de direito penal é falar, de alguma forma, de violência. No entanto, modernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social

² Trecho da música “Diário de um Detento” dos Racionais MC’s. Esse grupo musical surgiu visando denunciar o racismo e o sistema capitalista opressor que patrocina a miséria vinculada - diretamente - à violência e ao crime”, e tem deixado seu legado desde o final dos anos 80.

normal” (BITENCOURT, 2021). Todavia, diante da ocorrência do delito em todas as sociedades constituídas pelo ser humano, Durkheim afirma que o delito não só é um fenômeno social normal, tendo em vista que cumpre a relevante função de ser um meio de transformações para a sociedade (DURKHEIM, 1978 *apud* BITENCOURT, 2021).

Nesse sentido, serão abordados neste capítulo as diversas formas de aplicar a pena de prisão, desde o seu surgimento até o desenvolvimento dos sistemas penitenciários, bem como a evolução da pena de prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1. Surgimento da prisão

Para se ter uma dimensão do todo, se faz necessário partir de uma análise histórica, uma vez que a aplicação das sanções ditas penais remonta à própria história da sociedade. Todavia, o direito penal como uma ciência autônoma sucedeu a criação das punições, sendo assim, é de suma importância fazer um comparativo entre o Direito Penal vigente e o direito repressivo.

Conforme Cezar Bitencourt (2021), nas origens, classificam-se as fases da vingança divina, privada e pública, contudo, não se tratam de uma progressão sistemática.

Na primeira, a vingança divina, as infrações penais eram consideradas uma ofensa às divindades, que deveriam ser corrigidas com sacrifícios da própria vida do infrator, visando a purificação da alma do criminoso por meio do castigo. Este castigo, tinha a finalidade de intimidar, sendo aplicado por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes. São caracteres dessa fase os totens (manifestações divinas), o Código de Manu, da Índia, o Torá, do povo hebreu, e o Livro das Cinco Penas, da China.

Enquanto na vingança privada, o mal causado pelo infrator era considerado uma ofensa à própria vítima, ao seu clã ou à própria comunidade. Assim, ainda segundo Bitencourt (2021), “poderia envolver desde o indivíduo isoladamente até o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação de grupos”. Com o avanço social, surge a lei de talião, adotada no Código de Hamurabi, no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos), com a determinação proporcional ao mal praticado, a regra mais conhecida era a do olho por

olho, dente por dente. Além disso, surgiu a composição, meio pelo qual o infrator poderia obter a sua liberdade, livrando-se do castigo (BITENCOURT, 2021).

Posteriormente, houve a formação dos Estados, os quais assumiram o poder-dever de punir. Ou seja, o Estado afastou a vingança privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, constituindo a fase da vingança pública.

Ressalta-se que, na antiguidade, a privação de liberdade era considerada apenas como pré-requisito para o suplício físico ou da morte. As medidas repressivas surgiram desde as principais civilizações, tais como os povos egípcios, os babilônios, os persas, os gregos etc, onde todas as formas de encarceramento eram admitidas. Neste período não existiam locais adequados para o delinquente, - sendo enclausurados em masmorras, calabouços e aposentos insalubres de castelos -, e muito menos a individualização da pena (FERREIRA, 2010).

Vale lembrar que o Direito Penal Romano passou pelas fases da vingança privada, divina e pública. O direito romano oferece um ciclo jurídico completo, baseado nos costumes, ou seja, consuetudinário, constituindo até hoje a maior fonte originária de diversos institutos jurídicos, e houve a divisão das infrações em crimes públicos e crimes privados. Registra-se que as punições começaram a ser aplicadas pelo *pater familias*, mas em seguida esse poder foi sendo tomado pelo estado; havia amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e suas excludentes; consideração dos concurso de pessoas, diferenciando a autoria e a participação (BITENCOURT, 2021). Além disso, o Direito Penal Germânico foi influenciado pelo romano, o qual era tipicamente consuetudinário; a responsabilidade era objetiva, uma vez que não se importava com o elemento subjetivo; também se utilizava da ideia de composição como pena, e do ressarcimento como delito praticado; a reação à perda da paz, por crime público, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor (BITENCOURT, 2021).

Todavia, foi com o Direito Canônico, na baixa idade média, que surgiram as origens da restrição de liberdade de locomoção como pena, sobretudo, com a internação em mosteiro e a reclusão na cela, atrelada à atos de arrependimento e humilhação nas penitenciárias públicas (BRANDÃO, 2010). Os delinquentes também eram punidos de modo cruel através de torturas, como amputação de membros ou até mesmo a pena de morte. Tais punições eram determinadas de acordo com a condição social e arbitrada pelos governantes, visando o cumprimento da justiça e

inibição da prática de novos crimes (FERREIRA, 2010). Bitencourt (2021) constata a seguinte classificação dos delitos para este direito:

A classificação dos delitos era a seguinte: a) *delicta ecclesiastica* — ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos, e eram punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* — lesavam somente a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam às sanções comuns. Eventualmente, sofriam punição eclesiástica com as *poenae medicinales*; c) *delicta mixta* — violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poene vindicativae*.

Durante esse período, a doutrina majoritária considera que houve o surgimento da prisão, bem como surgiram as primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Entretanto, a prisão ainda não tinha um caráter de pena, mas sim de custódia, a qual acontecia antes da sanção. A origem da denominação “penitenciária” advém do direito eclesiástico, o qual era utilizado em referência a penitência no âmbito religioso (*poenitentiae*) (BRITTO, 2013).

Na idade moderna, do século XV até XVIII, foi criada a suposição de que a sociedade é consensual, uma vez que todos se submetem ao contrato social, ou seja, cedem parte de sua liberdade ao Estado em troca de segurança e ordem. Assim, os que violam tal contrato cometem um delito e devem ser punidos. Durante esse período, o modo de produção capitalista, exigia um direito eficiente para concretizar a expansão do capital, uma vez que os burgueses - ansiavam pela consolidação dos territórios - e os soberanos ansiavam para aumentar seu poder e os cofres públicos. Nesse sentido, foram criadas leis que criminalizam condutas como a mendicância, a vadiagem, os pequenos furtos, ou seja, excluía os que não estavam capacitados para ser mão de obra no meio urbano (BRITTO, 2013).

Britto (2013) assevera que o poder punitivo era tratado como a melhor forma de solucionar problemas, dado que o Estado justificava os problemas sociais apontando “culpados” - as pessoas mais vulneráveis -. Além disso, os pobres e camponeses passaram a ser alvo de sanções mais severas, com a finalidade de se ter uma maior aceitação das péssimas condições de trabalho, que eram menos piores que as do cárcere. Contudo, a verdade é que tais violações serviam para “proteger em primeiro lugar o status políticos do rei, o econômico da burguesia e o religioso e social da Igreja e da nobreza”.

Sabe-se que as primeiras instituições penais construídas no mundo com a finalidade de recolher criminosos foram as casas de correção e casas de trabalho. A primeira instituição penal foi o Hospício de San Michel, em Roma, destinado para o encarceramento dos "meninos incorrigíveis", e após foi erguida em Londres a *House of correction*, em 1550 (GMF/TJRJ, 2010). As casas de trabalho, foram criadas primeiramente na Holanda e na Inglaterra, onde era ensinado ao indivíduo a ser operário e a burguesia obtinha lucros, já que os produtos eram vendidos e feitos por esses sujeitos de forma não remunerada que estariam lá para cumprir suas penas (BRITTO, 2013).

Após o desenvolvimento do capitalismo industrial, entre os séculos XVI e XVII, o qual influenciou o aumento da criminalidade e da miséria, devido à expansão mundial do estado de pobreza, surgiu a prisão preventiva e a prisão por dívidas (FERREIRA, 2010).

O pensador da Escola de Frankfurt, Georg Rusche (RUSCHE, 2004 apud BRITTO, 2013), já dizia que “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”.

Segundo Michel Foucault (2014), nesta época, na Europa e nos Estados Unidos, foi redistribuída toda a economia do castigo, uma vez que, em detrimento dos grandes "escândalos" para a justiça tradicional, adveio “nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir; abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes, projetos e redações de novos códigos modernos”. Uma nova era foi fundada na justiça penal.

Diante disso, foi necessário instituir um complexo de normas disciplinadoras denominado direito positivo, estabelecendo regras indispensáveis ao convívio em sociedade, uma vez que ao se punir formando um espetáculo, estava igualando - ou até mesmo superando-se - o nível de selvageria da pena. Cesare Beccaria (BECCARIA, 1764, apud FOUCAULT, 2014) já afirmava que “o assassinato que nos é apresentado como um crime horrível, vemo-lo sendo cometido friamente, sem remorsos” motivou a punição em espetáculo a ser vista com um cunho negativo.

Ainda segundo Foucault (2014), em meados do final do século XVIII e início do século XIX, a melancólica festa de punição foi se extinguindo, o cerimonial da pena foi sendo desvanecido e passou a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A punição passa a ser a parte mais velada do processo penal, por deixar o campo da percepção quase diária e entrar no da consciência abstrata.

Após as revoluções burguesas, sobretudo a Revolução Francesa, que ocorreram no século XVIII, a autoridade do rei foi substituída pela da lei (BRITTO, 2013). Registra-se que a obra *Dos Delitos e Das Penas* de Beccaria, foi publicada nesta época, a qual argumenta por um caráter humanitário do Direito Penal, pela extinção das penas cruéis, e a exigência da legalidade, bem como estabelece uma mentalidade repressora difícil de ser superada por associar a punição à realização do valor de justiça (BECCARIA, 2001).

As ideias iluministas fomentaram o questionamento sobre a infração penal e sua punição, uma vez que a razão passa a ser o centro do pensamento humano. Além disso, os filósofos, moralistas e juristas censuravam abertamente a legislação penal vigente, em defesa das liberdades do indivíduo, bem como da dignidade do homem (BITENCOURT, 2021).

As obras das correntes iluministas e humanitárias, das quais podemos citar como representantes Voltaire, Montesquieu e Rousseau (BITENCOURT, 2021), já colocavam em evidência os excessos da legislação penal. Desse modo, consideravam que a pena devia ser proporcional ao crime, sendo menos cruel para o corpo do delinquente, e devia considerar as circunstâncias pessoais do delinquente.

Assim, diante das péssimas condições em que se encontravam as prisões inglesas, bem como dos castigos bárbaros e excessivos utilizados nas prisões, os reformadores humanitários John Howard e Jeremias Bentham, no bojo do movimento iluminista, propuseram uma série de reformas na legislação penal, determinando o início do progresso dos preceitos penitenciários. Howard defendeu uma reforma prisional baseada no isolamento noturno, na imposição do trabalho, na instrução moral e religiosa, na classificação (processados, condenados e devedores), higiene, alimentação adequada e assistência médica dos presos. E Bentham, que sempre buscou um método de controle de comportamento humano de acordo com os princípios éticos, foi o criador do Panóptico, uma vez que considerava importante a arquitetura da penitenciária. O modelo de prisão celular proposto por Bentham, era semelhante ao regime de Howard, com o acréscimo da educação profissional e aplicação excepcional de castigos disciplinares (BITENCOURT, 2021).

Desse modo, podemos afirmar que o iluminismo foi primordial para a transformação cultural e espiritual de parte significativa da sociedade da época (BRANDÃO, 2010). Com efeito, o Direito Penitenciário começou a mudar, a pena privativa de liberdade passou a ser utilizada de forma autônoma para punição, dando

início à humanização da pena com maior amparo ao condenado, o qual passou a ter obrigações, bem como direitos, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana.

2.2. Direito punitivo

O primeiro documento a estabelecer regras jurídicas sobre a prisão, do ponto de vista legislativo, foi a Carta do Rei Luís VI, que governou a França entre 1108 a 1137, denominado de Estatuto da Paz (NUNES, 2016). Esse estatuto determinava que

"Ninguém poderá prender qualquer pessoa, livre ou serva, sem a intervenção do juiz: se este não aparecer, o indiciado réu poderá ser detido até ele chegar, ou conduzido a sua casa".

Duas rupturas políticas - a passagem do sistema feudal para o sistema absolutista (séculos XIII-XV, Era moderna) e a passagem do estado absolutista para o estado de direito (século XVIII, Era contemporânea), propiciaram a base para construção do paradigma punitivo. Durante o absolutismo o direito penal era público e estatal, e com o início do movimento iluminista também passou a ter uma lógica punitiva, formando o sistema fechado de justiça penal (BRITTO, 2013).

As preocupações humanitárias do século XIX, tenderam para o reconhecimento do tratamento, o qual passou a ser objeto do direito penal, de modo que difundiram a necessidade de diminuir os castigos, as penas humilhantes, os trabalhos muito penosos, ou ao menos os trabalhos forçados. Segundo Foucault (2014), não podemos enxergar a prisão como uma instituição inerte, objeto de movimentos de reformas, pois a prisão sempre fez parte de um campo ativo de projetos, experiências, testemunhos e inquéritos, assim, ao se tornar punição legal, trouxe todas as problemáticas jurídico-políticas do direito de punir, advindas das tecnologias corretivas do indivíduo.

Assim, a ciência penal possui uma função criadora, sem se ater ao Direito Positivo. Ou seja, estuda para além dos textos normativos em vigor e sua interpretação, por meio de uma perspectiva analítica e crítica, investiga uma solução dos problemas teóricos e normativos, e os critérios de ponderação jurídica que estruturam o "dever-ser". enquanto, as ciências causais-explicativas, tais quais a

criminologia e a sociologia criminal, investigam as causas da criminalidade, a gênese do crime, sob a perspectiva da interação entre crime, homem e sociedade (BITENCOURT, 2011).

Desse modo, por direito penal entende-se tanto o conjunto de leis penais quanto o sistema de interpretação dessa legislação, isto é, o saber do direito penal. Entende-se que o direito penal além de sancionador, por proteger a ordem jurídica cominando sanções, também é valorativo, tendo em vista que sua atuação parte igualmente de uma escala de valores consolidados pelo ordenamento jurídico que integra, utilizando-se de princípios jurídicos penais (BITENCOURT, 2021).

Além disso, Bitencourt (2021) evidencia que o Direito Penal possui natureza constitutiva e autônoma, posto que tutela os bens jurídicos - até mesmo já cobertos por outras áreas normativas - de modo peculiar, por meio de uma nova feição e com distinta valoração. Uma das principais características desse ramo do direito é seu caráter fragmentário, ou seja, a *ultima ratio* do ordenamento jurídico de proteção de bens, interesses de maior importância para o indivíduo e para a sociedade à qual pertence.

Assim, é certo que o direito penal é ciência cultural normativa, valorativa e finalista. Isto é, pertence às ciências naturais, do dever ser e não à do ser (NORONHA, 1978 *apud* BITENCOURT, 2021).

Como meio de controle social formalizado, a *persecutio criminis* apenas pode ser legitimamente desempenhada conforme as normas preestabelecidas, motivo pelo qual os bens protegidos pelo Direito Penal devem interessar a sociedade como um todo. Desse modo, o Estado possui o monopólio do exercício do *ius puniendi*, mesmo nas ações de exclusiva iniciativa privada, tendo em vista que a relação do autor do crime e a vítima é de natureza secundária. Até mesmo quando a vítima dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, apenas o *ius accusationis*, no limite em que acaba a sentença penal condenatória.

Segundo Nucci (2022), o ordenamento jurídico elege um bem jurídico para ser tutelado e amparado, e quando efetivamente for relevante também passa a ser objeto de proteção do direito penal. Assim, o bem jurídico delimita a formação dos tipos incriminadores, reprimindo as condutas que possuem potencial para lesar o bem jurídico penal. Mas, afinal, qual seria o conceito de bem jurídico-penal?!

Acontece que, o bem jurídico necessita ser capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro do preceito penal, bem como das causas de justificação na

hipótese de conflito de valorações. Nesse sentido, é certo que esse conceito de limite do preceito penal, não deve ser tido como a *ratio legis*, é necessário que se tenha um sentido social próprio (BITENCOURT, 2021).

Isto posto, é evidente que o bem jurídico penal é utilizado para distinguir o delito das simples atitudes interiores, bem como dos fatos materiais não lesivos (BITENCOURT, 2021). Contudo, a crítica do direito penal é vinculada à dedução racional daqueles bens essenciais para o convívio livre e pacífico da sociedade, motivo pelo qual deve ser fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. Desse modo, influenciado pelo legado do iluminismo, a teoria do bem jurídico impede que modelos de Estado autoritários sejam adotados, o que legitima o direito penal no Estado Democrático de Direito (BECHARA, 2009).

Sabe-se que a concepção do bem jurídico perpassou desde a teoria tradicional, em que concebia um caráter pessoal, para a legitimação do exercício do *ius puniendi* estatal. Nesse sentido, Bitencourt (2021) afirma que devido os iluministas conceberam o fato punível como lesão de direitos subjetivos, Feuerbach estabeleceu que há um objeto de proteção em todo preceito penal, vez que existe um direito subjetivo do indivíduo ou do Estado. Posteriormente, o conceito de bem jurídico foi lapidado pela primeira vez por Binding, o qual o definiu - de forma superficial - como um estado valorado pelo legislador. Todavia, na perspectiva de Binding, o real interesse social protegido pelo bem jurídico poderia ser uma mera escolha do legislador, que dava margem para escolhas aleatórias e arbitrárias (HORMAZABAL MALARÉE, 1999 *apud* BECHARA, 2009)

Assim, Franz von Liszt o concebeu como interesse juridicamente protegido, motivo pelo qual, defendia que devido o direito existir por vontade humana, este deve-se voltar à proteção de situações reais, tais quais os interesses humanos vitais e estabelecidos de forma prévia (LISZT, 1899 *apud* BECHARA, 2009). Entretanto, para Mezger, há inúmeros delitos em que se lesiona ou põe em perigo um bem jurídico, mas que não é possível evidenciar lesão a um direito subjetivo (BITENCOURT, 2021).

Ressalta-se que para a teoria pessoal do bem jurídico, esse é tido como interesse humano concreto, o qual necessita de proteção pelo Direito Penal. enquanto, para o funcionalismo questiona-se o entendimento restrito sobre esse conceito, por no âmbito do direito penal não haver legitimação para adotar medidas preventivas acerca de situações problemáticas da convivência em sociedade, como

por exemplo as ameaças ao meio ambiente, os atos terroristas, os abuso da atividade empresarial, as relações de consumo, entre outros (BITENCOURT, 2021).

A priori, Juarez Tavares (ROXIN, 1997 *apud* BECHARA, 2009) declara que o bem jurídico volta-se para proteger a pessoa humana, objeto final de proteção da ordem jurídica, ou seja, não deve ser entendido como dever, mas sim como valor delimitador da norma. Para Schunemann, como elucidado por Bitencourt (2021), a partir do conceito de contrato social e da ideia de que o Estado deve garantir meios de livre desenvolvimento dos indivíduos, pode-se dizer que através do método analítico da filosofia da linguagem, é necessário que o Estado faça distinção do que se pode proteger no âmbito do direito penal, bem como, do que não está legitimado a proteger. Desse modo, o bem jurídico é tido como um interesse - da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo, socialmente relevante, logo, juridicamente conhecido como valioso (DIAS, 1999 *apud* BECHARA, 2009).

Assim, entende-se que além de respaldar e limitar os tipos penais, o bem jurídico limita a aplicação dos tipos penais, bem como limita a punibilidade. Por certo, “o Estado de Direito corporiza em si a proteção da liberdade pessoal e política dos cidadãos e a moderação e juridicidade de todo o exercício do poder público” (RUDOLPHI, 1975 *apud* BECHARA, 2009). Por tanto, o bem jurídico deve ser utilizado como princípio interpretativo do direito penal num estado democrático de direito (BITENCOURT, 2021).

Ana Elisa Bechara (2009) adverte que o conceito de bem jurídico não deve ser fechado, uma vez que o mesmo não é capaz de delimitar de forma automática o que deve ou não ser criminalizado. Isto é, o bem jurídico não pode ser utilizado como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização.

Assim, temos que os bens jurídicos penais não se apresentam na história das sociedades socialmente estanques, bem como representam uma fórmula vazia de conteúdo que não explica a espécie do injusto de cada delito. Desse modo, os bens jurídicos devem ser vistos como coordenadas limitantes da estrutura do delito e não a sua razão.

2.3. Finalidade da pena

Sabe-se que o direito punitivo foi originado devido a necessidade de se ter um poder estatal centralizado, o qual teria/têm a incumbência de proteger a sociedade e punir de forma justa, por meio de previsões legais anteriores. Contudo, para diminuir a criminalidade o direito penal se utiliza de sanções, das quais ao longo do tempo, em detrimento das mudanças sociais, a necessidade de aplicar a punição se transformou juntamente com os valores morais da sociedade.

De fato, a organização social e cultural capitalista defende seus interesses mediante a exclusão dos indesejáveis e não produtivos por meio do sistema penal, do criminoso e da figura do crime. Todavia, ao longo da história do direito penal, da pena e do estado, houveram rupturas na finalidade da pena. Logo, a função do direito penal depende da função que se atribui às sanções, como meios mais característicos de intervenção do direito penal (BITENCOURT, 2011). Para um melhor entendimento da aplicação da pena, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de estado em que se desenvolve o sistema punitivo. Ante o exposto, se faz necessário o estudo das diversas teorias sobre a função e finalidades das penas, onde serão objetos deste estudo, as três mais relevantes, tais quais: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas.

De acordo com os pensadores da escola clássica, a pena possui natureza retributiva, e a violação de um direito é a origem do crime, o qual é visto como um ente jurídico. O entendimento dessa escola é fundado no individualismo, em que a infração é vista como violação ao ordenamento jurídico realizado por um indivíduo, o qual deve sofrer a retribuição do mal causado (MEDEIROS, 2011). Desse modo, a sanção tutela os bens jurídicos violados com a prática de infrações penais, a qual é tida como justa quando definida pelo jurista, por uma análise metafísica. Segundo Francesco Carrara, autor da obra *Programa del corso di Diritto Criminale*, o crime é entendido como algo causado por duas forças, a física e a moral. Além do mais, a responsabilização criminal é firmada no livre-arbítrio, e não havia qualquer preocupação com o criminoso, já que a sanção deveria restabelecer a ordem pública alterada pelo delito (MEDEIROS, 2011).

Durante o estado absolutista, punia-se a pessoa que agia contra o soberano, tendo em vista que também agia contra o próprio Deus, ou seja, na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, como também todo o poder legal e de justiça. Entretanto, com o surgimento do estado liberal burguês, o estado passa a ser visto

como uma expressão soberana do povo, tendo como fundo a teoria do contrato social. À vista disso, por a pena não poder mais continuar fundamentada na vinculação do estado e do soberano com Deus, passou a ser baseada na necessidade de retribuir à perturbação da ordem adotada pelos homens e consagrada pelas leis (BITENCOURT, 2011). Sendo assim, para a escola clássica, o criminoso ao infringir as regras impostas pelo Estado, por agir com livre-arbítrio, merecia a pena, mas essa deveria seguir o princípio da proporcionalidade, pelo qual as penas corporais deveriam ser evitadas (NUCCI, 2022).

Ressalta-se que com o desenvolvimento industrial e científico, o Estado liberal entrou em crise dando lugar ao estabelecimento da produção capitalista, marcado pelo crescimento demográfico e pela migração massiva do campo às grandes cidades. Assim, as classes sociais dominantes determinaram uma nova forma para função punitiva estatal: qualquer ato de rebeldia, por meio de agressões à ordem repressiva existente passa a ser considerado um atentado contra as bases fundamentais da ordem social, tendo em vista que o indivíduo deve cumprir sua função enquanto força de trabalho. Assim, a punição é revestida por uma obsessão defensivista econômica e laboral, por conta disso o estado teve de abandonar sua função de guardião do mercado para intervir na sua regularização (BITENCOURT, 2011).

Nesse sentido, para a escola positiva³, há uma valorização dos interesses sociais, uma vez que a partir das teorias evolucionistas, a pena passa a ser tida como reação do organismo social. Representando essa escola, destacam-se Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo. De acordo com Lombroso, autor da obra *L'Uomo Delinquente*, - o qual realizou um experimento em estabelecimentos prisionais - , há o criminoso nato, atávico, que possui características específicas. Ferri, por sua vez, entende que ao lado das características inatas, o meio social também exerce influência sobre o criminoso. Para essa escola, a pena é entendida como uma prevenção especial, já que o delinquente é visto como alguém doente, que necessita de tratamento. Portanto, a pena seria uma forma de defesa social e por ser um fenômeno social, além de natural, a responsabilidade penal tem natureza social. Assim, a pena justa seria a aplicada pelo cientista social, ou seja, psiquiatra, psicólogo

³ Essa escola é conhecida como precursora da criminologia, devido aos seus estudos baseados no método empírico.

ou assistente social, visto que não era mais vista apenas como um castigo e teria que ressocializar o criminoso (MEDEIROS, 2011).

A respeito das teorias absolutas ou retributivas da pena, nas quais destacam-se como defensores Kant, com fundamentação de ordem ética, e Hegel, com fundamentação de ordem jurídica, Ulrich Klug (*apud* BITENCOURT, 2011) afirma que o imperativo categórico kantiano é uma forma vazia como uma lei geral que não soluciona o problema sobre qual classe a lei deveria referir-se, bem como que a tese de Hegel não formula um paralelo lógico, visto que não se pode aceitar que a violência pode ser abolida com violência. Ou seja, a duvidosa fundamentação lógica e moral em que Kant e Hegel apoiaram suas teorias da pena, é a mesma em que Klug propõe o fim das teorias absolutas da pena. Além disso, Roxin (*apud* BITENCOURT, 2011) ainda afirma que a teoria retributiva da pena apenas anuncia que o delito tem que ser retribuído com a imposição de uma pena, mas não manifesta-se quando se tem de sancionar, logo, essa teoria não cumpre a função de limitar o poder estatal.

Para a teoria absoluta da pena apenas a retribuição é suficiente para garantir a proporcionalidade das penas em relação aos delitos praticados, motivo pelo qual surgiram as teorias preventivas para solucionar esse dilema com base na prevenção. Diante da mudança, Bitencourt (2011) assevera que, o controle social passou a ser exercido com base nos argumentos científicos vigentes, em que se acreditava que havia homens bons e homens maus, perigosos e normais, motivo pelo qual deveria haver a defesa da sociedade, mas sem esquecer das possibilidades, em caso de fracasso da recuperação do delinquente, da pena de morte ou da prisão perpétua.

Todavia, a minoria entende que tem legitimidade para obrigar a maioria a seguir suas formas de vida, mas por que não podem viver à margem da sociedade, da forma como quiserem, seja como mendigos, prostitutas e homossexuais?! É certo, como afirma Bitencourt (2011), a teoria da defesa social, tida como prevenção geral, retrata a lógica capitalista, mas não justifica os motivos do seu sistema repressivo de controle e da exploração do trabalhador.

Para as teorias preventivas, a pena se põe para que o delinquente não volte mais a delinquir (prevenção especial), bem como em relação a todos (prevenção geral) (MEDEIROS, 2011). Acerca da prevenção geral, temos que essa teoria pretende servir da intimidação ou da utilização do medo e da ponderação da racionalidade do homem, tendo em vista que a pena seria uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos por meio de uma coação

psicológica. Entretanto, conforme Bitencourt (2011), essa teoria não demonstra os efeitos preventivos-gerais proclamados, posto que cada delito já é, pelo só fato de existir uma prova contra a eficácia da prevenção geral, bem como também não estabelece limites até que ponto o Estado pode estender sua reprovação. Outrossim, acerca da prevenção especial é questionável a ideia de ressocialização do delinquente, e por o conteúdo do conceito de periculosidade do autor do delito ser de difícil precisão.

Ressalta-se que a sanção tem que ter caráter punitivo único e exclusivamente pelo mal cometido com finalidade de ressocialização do condenado. Entretanto, Zaffaroni (2002) assevera que: nos últimos anos se tem posto em evidência que os sistemas penais, em lugar de “prevenir” futuras condutas delitivas, se convertem em condicionantes de ditas condutas, ou seja, de verdadeiras “carreiras criminosas”. Ainda segundo Zaffaroni;

De modo algum está provado que o sistema penal previna condutas criminais por parte dos que não tenham delinquido, porque é claro que os criminalizados aumentam ou diminuem independentemente das variantes do sistema.

Segundo Schmidhauser (*apud* BITENCOURT, 2011), apenas os delinquentes menos hábeis vão a julgamento nos tribunais, e não os delinquentes verdadeiramente perigosos, vez que são os que calculam mal a probabilidade de serem descobertos. Além disso, falar de ressocialização do delinquente sem questionar o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo significa entender como perfeita a ordem social vigente. Para Durkheim (*apud* BITENCOURT, 2011), a criminalidade é o produto da mesma sociedade que a cria e a define, logo, a sociedade deveria ser submetida à ressocialização e não o delinquente.

Outrossim, as teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena; por meio da união dos aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas, e estabelecem uma diferença marcante entre fundamento e fim da pena. Merkel foi, no começo do século XX, o iniciador dessa teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. Essas teorias sustentam que o fato praticado deve ser a única fundamentação da sanção punitiva. Os critérios limitadores da pena como sanção jurídico-penal são a retribuição e o

princípio da culpabilidade. Para as teorias mistas, a pena tem fim retributivo, bem como fins de reeducação do delinquente e de intimidação social (MEDEIROS, 2011).

Desse modo, acerca da finalidade da pena, as três correntes doutrinárias abordadas explanam sobre a finalidade de punir e da sanção, tais quais: a absolutista, a preventiva e a mista. A exigência de punir é a base da absolutista, a qual nega os fins propostos da pena e defende a aplicação de um mal justo ao mal do crime. A preventiva atribui o sistema de prevenção do delito, e a mista, além de agregar a prevenção e reeducação do infrator, defendem o caráter de retribuição da pena (BITENCOURT, 2008).

No entanto, há posições doutrinárias divergentes, ora adotam uma posição conservadora, ora uma progressista. A posição conservadora defende que a retribuição justa deve servir como base para a proteção da sociedade, e os fins preventivos desempenham um papel exclusivamente complementar na determinação da pena. Essa posição é representada pelo Projeto Oficial do Código Penal alemão, de 1962 (BITENCOURT, 2011). enquanto, para corrente progressista a defesa da sociedade é o fundamento da pena, ou seja, a proteção de bens jurídicos, de modo que a retribuição corresponde apenas à função de determinar o limite máximo para que a pena não exceda o merecido pelo fato praticado.

Por fim, por entender que na grande maioria das vezes, a pena não é capaz de cumprir nenhuma das funções que lhe são atribuídas, além do fato de não serem totalmente conhecidas as suas funções latentes (aquelas funções não declaradas, que causam efeitos diversos daqueles desejados, nos termos da lição de Robert K. Merton), Zaffaroni (2002) defende a teoria negativa ou agnóstica da pena. Segundo esse autor, “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”.

2.4. Sistemas penitenciários: a pena de prisão tem seus dias contados?

A prisão utilizada apenas para custódia foi superada a partir do nascimento da pena privativa de liberdade. No fim do século XVIII e no começo século XIX, inicia a penalidade de detenção, momento em que a prisão passa a ser elemento primordial no conjunto das punições, demarcando um importante avanço para justiça penal: o acesso à humanidade.

A “prisão-castigo”, local destinada para o cumprimento da pena, passou a ser compreendida como a pena das sociedades civilizadas, por fazer justiça da mesma forma para todos (FOUCAULT, 2014). Bitencourt (2021), leciona que a partir das primeiras instituições prisionais, tais quais as de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, bem como em outros Estados como a Alemanha e Suíça, fomentaram o desenvolvimento dos primeiros sistemas penitenciários.

O primeiro sistema penitenciário foi o penitenciário filadélfico, também denominado como pensilvânico, celular ou solitário, o qual surgiu com o propósito de reformar as prisões, por meio das ideias de Benjamin Franklin, o qual transmitiu as convicções de Howard, sobretudo acerca do isolamento da pessoa presa, que passou a ser uma das principais características desse sistema. Vale mencionar que a primeira prisão norte-americana - a *Walnut Street Jail* - foi construída pelos *quacres* e os mais respeitáveis cidadãos da Filadélfia, em 1776 (BITENCOURT, 2021).

Os *quacres* defendiam que nos estabelecimentos penais deveriam haver isolamento em uma cela, oração e abstinência de bebidas alcoólicas, para promover um meio de salvar as criaturas infelizes, bem como que não deveria haver pena de morte, penas corporais e as mutilações, substituindo por penas privativas de liberdade e de trabalhos forçados. Desse modo, pela influência que essa associação exercia, as autoridades, por meio de uma lei, determinaram a construção do estabelecimento mencionado acima. Todavia, o sistema celular individual foi aplicado apenas aos prisioneiros mais perigosos, os demais foram alojados em celas comuns e podiam trabalhar conjuntamente durante o dia, mas com a rigorosa lei do silêncio (lei também defendida por Howard e Beccaria) (BITENCOURT, 2021).

A rotina dos internos consistia no isolamento celular, na obrigação estrita do silêncio, na meditação e na oração, disciplina que diminuía os gastos com vigilância. Entretanto, devido ao exorbitante aumento da população carcerária, a Prisão Walnut Street foi um grande fracasso, motivo pelo qual foram construídas mais duas unidades, a Penitenciária Ocidental (1818) e a Penitenciária Oriental (1829). A primeira seguiu o modelo do panóptico de Bentham, e a segunda o de John Haviland. Porém, foi apenas com esta última em que o sistema filadélfico foi realmente implementado, onde se tinha um rigoroso isolamento, com a permissão dos reclusos realizarem trabalho na própria cela. Contudo, apesar dessa permissão os efeitos do isolamento não foram mitigados, vez que os trabalhos eram tediosos e sem sentido (BITENCOURT, 2021).

Para Foucault (2014), o isolamento absoluto do sistema pensilvânico visava mudar a relação do detento com sua própria consciência, e não por um respeito exterior pela lei ou apenas um receio da punição. O autor ainda assevera que na Penitenciária Oriental “os muros são a punição do crime; a cela põe o detento em presença de si mesmo; ele é forçado a ouvir sua consciência”.

Em razão das limitações e dos defeitos do sistema pensilvânico celular para abarcar a crescente população carcerária, surgiu no interior do estado de Nova York a prisão *Auburn*, em 1816. A divisão do contingente populacional desta prisão se dividia em três categorias, tais quais: (a) velhos e persistentes delinquentes, em isolamento contínuo; (b) os menos incorrigíveis, que tinham permissão para trabalhar e ficavam em celas de isolamento por três dias na semana; (c) os que davam maiores esperanças de serem corrigidos, que trabalham juntos durante o dia, com isolamento noturno e recolhimento em cela individual apenas um dia na semana. Entretanto, com esse método de estrito confinamento os detentos findaram em três estados: mortos, loucos ou alcançaram o perdão (BITENCOURT, 2021).

Diante dos drásticos resultados, uma comissão legislativa recomendou o abandono desse sistema de confinamento prisional, em 1824. Momento em que surgiu o sistema auburniano, embasado na experiência do Hospício de San Michel de Roma. Este sistema tinha um rigoroso regime disciplinar, que passou a permitir o trabalho em comum dos internos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário no período noturno (BITENCOURT, 2021).

No modelo de Auburn, os internos só podiam falar com os guardas, com a permissão destes e em voz baixa. Desse modo, a prisão replicava a própria sociedade, onde se isolava a existência moral dos detentos, e propiciava nos momentos de reunião um enquadramento hierárquico estrito, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. Assim, a coação era garantida por meios materiais, bem como era ensinado aos internos o respeito à lei como um preceito sagrado e garantido por vigilância e punições (FOUCAULT, 2014). O silêncio absoluto garantido por um controle ininterrupto pretendia requalificar o criminoso como um indivíduo social, de modo que:

Mais que manter os condenados a sete chaves como uma fera em sua jaula, deve-se associá-lo aos outros, fazê-los participar em comum de exercícios úteis, obrigá-los em comum a bons hábitos, prevenindo o

contágio moral por vigilância ativa, e mantendo o recolhimento pela regra do silêncio (FOUCAULT, 2014).

Celas pequenas e escuras e aplicação de castigos cruéis e excessivos foram caracteres permanentes no sistema auburniano, mas diferencia-se do sistema pensilvânico pelo fomento do trabalho do preso durante o dia (NUCCI, 2022). E, por este sistema utilizar os internos para trabalhar sob o *silent system*, as associações sindicais se opuseram ao desenvolvimento do trabalho penitenciário, pois temiam que por conta da produção nas prisões poderia vir a significar uma competição com o trabalho livre, com menores custos (BITENCOURT, 2021). Além disso, havia um temor de que a prisão se tornasse uma oficina, reconstruindo os velhos “hospitais gerais” da França ou as *workhouses* da Inglaterra, local onde seria destino dos mendigos e desempregados (FOUCAULT, 2014).

Entretanto, nesse sistema o trabalho era definido - junto com o isolamento - como um agente de transformação carcerária, concebido pelo próprio legislador como algo necessário durante o cumprimento da pena. Todavia, não se tratava da necessidade defendida pelos reformadores do século XVIII, ou seja, transformar a prisão em um exemplo ou uma reparação útil para a sociedade. A relação do cárcere com o trabalho se tornaria um instrumento de poder para manter a ordem sem o uso de técnicas repressivas e violentas (FOUCAULT, 2014).

Além disso, o trabalho dos presos tinha como finalidade a manutenção do capitalismo, uma vez que a exploração da mão de obra barata e sem o poder de reivindicação dos trabalhadores livres (que são características do período utilitarista), apenas se enfraqueceu após os sindicatos americanos ganharem força e impedirem a compra dos produtos fabricados nas prisões (NUCCI, 2022).

Assim, temos que enquanto o sistema filadélfico fundamentava-se em inspiração mística e religiosa, o auburniano baseava-se em motivações econômicas. Todavia, em ambos os sistemas a comunicação entre os custodiados não era autorizada, os quais ficavam separados em celas individuais durante o período noturno, e a pena tinha um conceito punitivo e retributivo. A finalidade ressocializadora era alcançada por meio do isolamento, do ensino dos princípios cristãos, do trabalho, do ensino de um ofício ou mesmo pelos castigos brutais. Registra-se que os sistemas diferenciam-se acerca do fato em que no regime celular a separação persiste ao longo

do dia, e no auburniano, eram reunidos apenas durante algumas horas, momento em que se voltavam ao trabalho (BITENCOURT, 2021).

Ante o exposto, por meio da pena de prisão foi possível a sociedade fazer justiça através de uma robusta maquinaria visando a reforma do sujeito criminoso. Todavia, para essa reforma se tornar eficaz foram diversificadas as formas de vigilância, por meio de um menor custo, e/ou com a inserção de práxis religiosas e médicas.

Segundo Foucault (2014), o que chamamos de “penitenciário” é justamente o exercício do papel técnico positivo para realizar transformações nas pessoas privadas de liberdade por meio de estratégia político-moral com isolamento individual e hierárquico, econômico através de um trabalho obrigatório e técnico-médico por meio da cura e da normalização.

Na época do surgimento do sistema celular e do auburniano, a Europa não necessitava de mão de obra, razão pela qual não havia interesse em implantar um sistema prisional produtivo, por isso, implementou o regime celular. Não obstante, os Estados Unidos, impôs o sistema auburniano, já que era economicamente mais vantajoso por possibilitar o alojamento de um maior quantitativo de presos no estabelecimento, e o trabalho realizado era mais eficiente e produtivo (BITENCOURT, 2021).

Vale ressaltar que as bases do sistema progressivo, aplicado em diversos países atualmente, surgiu com o afastamento da rigorosa disciplina e estrita regra do silêncio do sistema auburniano (BITENCOURT, 2021). Assim, na medida em que os regimes celular e auburniano foram sendo afastados, a pena privativa de liberdade atingiu o seu apogeu com o acolhimento do sistema progressivo. Este sistema ficou marcado pela distribuição do cumprimento da pena em determinados períodos, colocando em evidência a própria vontade dos custodiados, juntamente com a diminuição gradativa do rigor da privação de liberdade (BITENCOURT, 2011).

Ressalta-se que no sistema progressivo o apenado tem a chance de voltar ao convívio com a sociedade mais cedo, antes do término da pena. Desse modo, almeja-se que o detento desperte o interesse por meio da reforma moral para voltar - de forma gradativa - a viver fora da prisão.

Ainda no século XIX (em 1835), enquanto Governador do Presídio de Valência, o Coronel Manuel Montesinos concebeu o livramento condicional para o cumprimento da terceira parte da pena, como retribuição do bom comportamento. O sistema

montesino ficou conhecido pela orientação do cumprimento da pena pelos princípios de um poder disciplinar racional, sem o rigor dos castigos, uma vez que visava construir a autoconsciência dos presos por meio da distinção da relação com os reclusos e nos sentimentos de confiança. Assim, o mencionado Diretor conseguiu encontrar o equilíbrio entre a imposição da autoridade e a postura pedagógica para a correção moral dos criminosos (BITENCOURT, 2021).

Ressalta-se que o livramento condicional possuía respaldo legal no art. 303 da Ordenação-Geral dos Presídios do Reino, de 1834. Pela sua distinção no tratamento dos presos, Montesinos conseguiu extinguir quase que por completo o percentual de reincidência, por seguir a premissa que os maus tratos irritam mais do que corrigem, bem como foi um dos primeiros a evidenciar a urgência de haver um código interno dos estabelecimentos prisionais. Nesse viés, os conceitos desse sistema ainda permanecem atuais, tendo em vista que o poder disciplinar deve reger-se pelo princípio da legalidade (BITENCOURT, 2011).

Além disso, Montesinos também defendia o trabalho penal remunerado, por entender ser um dos meios mais fáceis de influenciar os presos para desenvolver atividade produtiva, que além de lucro para as empresas, afastava os presos dos vícios e maus costumes (BITENCOURT, 2011). Todavia, sabe-se que nos dias atuais ainda há uma pressão para que o sistema penitenciário não busque a reinserção dos presos, e se limite apenas a punir e proporcionar o sofrimento dos reclusos.

O sistema progressivo inglês, também denominado de *mark system*, surgiu na Ilha de Norfolk, Austrália, lugar para onde eram levados os criminosos mais perigosos da Inglaterra (os que já tinham cumprido a pena de *transportation* nas colônias penais australianas e voltavam a delinquir). O tempo da pena - nesse sistema - dependia do comportamento do apenado, que seria regulado pela soma de trabalho e boa conduta do condenado. As “marcas” derivadas dessa soma era proporcional à gravidade do crime e deveriam ser obtidas antes do término da pena (BITENCOURT, 2021). Desse modo, as pessoas privadas de liberdade não sabiam ao certo a duração exata que deveriam cumprir para finalizar a condenação imposta. Todavia, a “severidade da pena foi substituída pela benignidade e os castigos pelos prêmios” (BITENCOURT, 2011).

O sistema progressivo inglês, que teve como instituidor o capitão Alexander Maconochie, era dividido em três períodos. No primeiro, denominado de período de provas, o apenado deveria refletir sobre o crime cometido por meio do isolamento

celular diurno e noturno, com trabalho obrigatório e alimentação escassa. No segundo, os apenados eram divididos em classes, de acordo com o ganho das marcas, e eram recolhidos nos estabelecimentos *public workhouse*, onde trabalhavam durante o dia - seguindo a regra do silêncio absoluto - e havia segregação durante a noite. Após a conquista de marcas suficientes, era iniciado o terceiro período, a liberdade condicional, momento em que os condenados seguiam algumas restrições por um determinado tempo e caso não fosse revogado recebiam a liberdade definitiva (BITENCOURT, 2021).

Apesar dos avanços instituídos pelo sistema progressivo inglês, sobretudo acerca do tratamento aos presos e por permitir um gradual retorno à sociedade, ainda era necessário conseguir um efetivo preparo dos presos para a vida em liberdade. Assim, após realizar visitas de inspeções nas prisões irlandesas, e como bom conhecedor do sistema inglês, o diretor das prisões na Irlanda, Walter Crofton, fez modificações na forma de cumprimento desse sistema, e iniciou o sistema progressivo irlandês (BITENCOURT, 2021).

A principal mudança do sistema irlandês foi a criação de prisões intermediárias, entre o cumprimento da pena em estabelecimento fechado e a liberdade condicional. Walter Crofton manteve as mesmas condições dos três períodos do sistema inglês e adicionou o período intermediário, que era efetivado em prisões especiais - sem muros e ferrolhos - e os presos trabalhavam ao ar livre, principalmente fora do estabelecimento. Durante essa nova fase, os presos não recebiam castigos corporais, o trabalho era remunerado, não havia necessidade de usar uniformes, e podiam estabelecer comunicações com as pessoas livres (BITENCOURT, 2011).

Por mais que o sistema irlandês tenha sido adotado por diversas nações, nos últimos tempos, especialmente após o Congresso de Berlim de 1933, sua eficácia passou a ser refutada, motivo pelo qual, passou a ser alvo de alterações substanciais, mas sem a supressão da ideia de progressividade no tratamento dos presos (BITENCOURT, 2021).

Ante o exposto, tem-se que o sistema progressivo visa proporcionar ao recluso uma readaptação ao convívio em sociedade por meio de um conceito retributivo da pena. Nesse sistema, há uma gradual diminuição da rigidez da pena - que começa com um rigoroso controle - de acordo com a boa conduta do recluso. Contudo, conforme Bitencourt (2021), é certo que o sistema crie uma ilusão de proporcionar transformações de uma forma progressivamente automática, sem ter uma certeza do

acompanhamento social da personalidade e responsabilidade da pessoa presa, bem como que os períodos de cumprimento da pena são postos de uma forma estereotipadas, e que a boa conduta dos internos podem ser só aparentes.

Vale mencionar que o sistema progressivo irlandês teve bons resultados, sobretudo no baixo índice de reincidência, todavia, essa diminuição se deu devido grande parte dos liberados condicionalmente da Irlanda emigrarem para a América (BITENCOURT, 2011).

Além disso, Bitencourt (2021) evidencia três iniciais razões para o agravamento da crise da pena prisão, tais quais: (i) a diminuição do tempo do cumprimento da pena, uma vez que não se tem conseguido promover mudanças significativas das pessoas presas e as quais passaram a ter uma expectativa de vida maior; (ii) aumento da expectativa de vida das pessoas, motivo pelo qual os delinquentes conseguem aprimorar e aplicar seus conhecimentos por mais tempo; (iii) aumento da sensibilidade social acerca dos direitos humanos e dignidade do ser humano.

Assim, com os impulsos proporcionados por estudiosos de diferentes áreas do saber e pelos conhecimentos criminológicos das prisões, os sistemas penitenciários sofreram mudanças substanciais. Com a individualização científica, houve a individualização penitenciária, bem como o fomento para que o regime penitenciário fosse mais humano e racional, sobretudo, com o incentivo do regime aberto (BITENCOURT, 2011).

Nesse sentido, assevera Foucault (2014) que, a justa duração da pena deve ser correlacionada não só com o ato e suas circunstâncias, mas com a própria pena. Ou seja, a pena não deve ser individualizada por meio do autor responsável do delito, mas sim a partir do indivíduo punido, em detenção carcerária, modificado por este ou a ele reagindo.

Desse modo, podemos dizer que a crise do sistema progressivo está intrinsecamente relacionada com a finalidade da pena, bem como com as formas do cumprimento da pena privativa de liberdade.

3. DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NO BRASIL

“Diz-se que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pela forma como trata seus cidadãos mais elevados, mas como trata os mais rebaixados.”

Nelson Mandela

4. Evolução do direito penal no Brasil

A evolução do direito penal no Brasil, para fins didáticos, pode ser resumida em três fases: período colonial, código criminal do império e período republicano.

As populações tradicionais do Brasil, antes da chegada dos portugueses, utilizavam-se de punições corporais, por meio de regras costumeiras. Conforme Medeiros (2011), podemos dizer que as tribos indígenas seguiam regras consuetudinárias, ligadas ao misticismo, encontrando-se a vingança privada e coletiva, bem como saberes parecidos com a Lei de Talião. De acordo com Nunes (2016), durante o período do Brasil Colônia, após a chegada dos portugueses, o direito de Portugal começou a vigorar, que na época consistia nas Ordenações Portuguesas (Código Afonsino de 1446, Código Manuelino de 1521, e Código Filipino de 1603). Tais ordenações portuguesas regeram matérias acerca da prisão, respectivamente, do seguinte modo:

E mandamos a todos os julgadores que não mandem prender pessoa alguma, antes de sentença definitiva.
E o arcaide prenderá por mandado dos julgadores, e de outra maneira não, salvo achando alguém em flagrante maléfico.
E o mandado do julgador, pelo qual o arcaide há de prender, será por escrito e assinado por ele.

Registra-se que, os povos originários não exerceram influência no direito penal brasileiro (MEDEIROS, 2011). Durante a vigência das ordenações portuguesas, os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores eram punidos severamente, posto que o crime era confundido com pecado. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés (MIRABETE, 2007 *apud* SILVA, 2021).

Antes mesmo da Independência, Dom Pedro I fez expedir o Decreto de 23 de maio de 1821, o qual determinava:

Que desde a sua data em diante, nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito.

No período do Brasil Império, demarcado pela independência do país (1822), houve a criação de um código criminal, em 1830, após a Constituição de 1824. Esse código, baseado nas ideias de Jeremy Bentham, Cesare Beccaria e Paschoal José de Mello Freire, consagrou o sistema de dias-multa. Além disso, também foram fixadas a individualização da pena, a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia julgamento especial para os menores de 14 anos (MEDEIROS, 2011).

O Código Penal de 1830 foi o primeiro código autônomo da América Latina, influenciado pelo Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal português de 1852, mas que mostrou-se original em mais de um ponto, como a instituição do sistema de dias-multa (BITENCOURT, 2021). Conforme assevera Nunes (2016), com o surgimento da pena de prisão no país, foi determinado o fim das penas cruéis, apesar da Constituição de 1824 autorizar sua fixação nos crimes contra a soberania do imperador, no latrocínio e no homicídio. Assim, os métodos de punição sofreram mudanças, e a pena privativa de liberdade surgiu para substituir a pena de morte (MEDEIROS, 2011). Neste período, a individualização das penas se iniciou, tendo a prisão um caráter correccional, visando a ressocialização. O banimento, o degredo, o desterro, a prisão simples ou com trabalho e a pena de galés, eram as penas previstas neste Código Criminal (FERREIRA, 2010).

Ressalta-se que conforme disposto no art. 179, inciso XXI, da Constituição de 1824, as cadeias deveriam ser seguras, limpas e arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes (BRASIL, 1841). Contudo, o local de recolhimento dos presos tinha condições deprimentes, assim como os locais onde se recolhiam as pessoas escravizadas, os menores e os loucos. Destaca-se que o Código Criminal desta época implicava na construção de Casas de Correção com celas individuais e oficinas de trabalho, por determinar que a pena de prisão deveria ser acompanhada pelo trabalho (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Além disso, no ano de 1850 foi inaugurada a Casa de Correção da Corte, destinada para abrigar os cativos insurgentes, os capoeiras, bem como para diminuir

a mendicância e ensinar ofícios aos vadios (ROIG, 2005). Nesse mesmo ano foi elaborado o decreto nº 678 para regulamentação dessa casa de correção, no qual havia a imposição recorrente de castigo corporal (SILVA, 2021).

Com a proclamação da República em 1889, houve a determinação para elaboração de um novo código penal, em que ficou encarregado o Conselheiro João Batista Pereira. Esse código recebeu severas críticas por ter sido elaborado às pressas, tendo pouca apuração técnica, além de ser considerado atrasado no que tange ao desenvolvimento da Ciência Penal (MEDEIROS, 2011). O mencionado código, de 1890, sofreu diversas modificações por legislações extravagantes, que o foram desnaturando. Em seguida, foi elaborado um projeto por Vicente Piragibe, o qual reuniu as leis penais extravagantes na Consolidação das Leis Penais, promulgada em 1932 (BITENCOURT, 2021). Sabe-se que a pena de banimento (abolida pela Constituição de 1891), a pena de prisão celular, prisão com trabalho obrigatório, disciplinar e de reclusão eram as penas determinadas pelo Código Penal Republicano de 1890. Entretanto, a prisão individual não foi viabilizada devido ao grande aumento da população carcerária (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Durante esse período não houveram mudanças significativas nas normas penitenciárias da Casa de Correção da Corte e da Casa de Detenção, mas em 1930, a comissão integrada pelo professores Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Pereira Carrilho, apresentaram a primeira iniciativa para o ordenamento da Execução Penal, o que resultou no projeto do Código Penitenciário da República de 1933 (ALBERGARIA, 1993). Este projeto, consoante aos antigos regulamentos, também enfatizou o saber médico em detrimento do estudo de fatores físicos e psíquicos para definir a personalidade dos apenados; na participação do médico nas sessões do conselho; e na edificação de instituições psiquiátricas. De acordo com esse projeto, - conforme a periculosidade do apenado -, era possível a conversão da pena de prisão em medida de segurança por tempo indeterminado, até mesmo quando o tempo fixado na sentença penal condenatória tivesse sido cumprido (SILVA, 2021).

Entretanto, apesar desse projeto ser considerado precursor do Códigos penitenciários no Brasil, após a promulgação do Código Penal de 1940 foi extinto, tendo em vista que não tinha compatibilidade com o mesmo. Todavia, a legislação penal da época não dispunha sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade, necessitando da criação de um Código Penitenciário (SILVA, 2021).

Assim, visando elaborar um Código de Execução Penal, em 1963, Roberto Lyra elaborou um anteprojeto de código penitenciário, o qual afastava a possibilidade de afastar como causa de criminalidade a anatomia, a fisiologia e a psicologia, dando mais ênfase ao ambiente em que o indivíduo está inserido e a periculosidade do meio social (ROIG, 2005). Outrossim, os dispositivos deste novo anteprojeto, distingue-se a possibilidade da Lei penal retroagir caso seja benéfica para o apenado, a relevância da dignidade da pessoa humana, o fomento da inserção social do egresso, bem como pela manutenção do Poder Judiciário em matéria de Execução Penal. Não obstante, com o golpe de Estado no Brasil em 1964, o anteprojeto de Roberto Lyra não chegou a ser promulgado (MIRABETE, 2007 *apud* SILVA, 2021). Já em 1977, a valorização da função do juiz, a boa adequação à política penal e penitenciária e, sobretudo, o reconhecimento do acusado e do condenado como pessoas titulares de direitos, passou a ser uma das principais características da Lei 6.416 de 1977, que alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais. Em seguida, o anteprojeto de Código Penitenciário de 1970 elaborado por Benjamin Moraes Filho seguiu a estrutura do anteprojeto de Roberto Lyra com a mesma terminologia de Código de Execução Penal, se diferenciando, principalmente, no ponto de adequá-lo ao Código Penal de 1969 (BARBOSA, 1982), mas inovou no sentido da autoridade administrativa também ter responsabilidades da Execução Penal (ROIG, 2005).

O Código Penal sancionado no decorrer do Estado Novo, na Era Vargas, em 1940, - é o atual código -, o qual foi elaborado por José de Alcântara Machado, com vigência a partir de 1942. Esse código dispõe no título V, seção I, art. 32, que as penas são privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. Sua constituição mesclou conceitos das Escolas Clássica e Positiva com as legislações modernas de ideais liberais (MEDEIROS, 2011). Com a Constituição Federal de 1988, foi instituído o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, sendo assim, a CF deve ser utilizada como referencial adequado e necessário para o controle de validade das normas, não apenas como metas políticas sociais, mas também como critério de interpretação do Direito, sobretudo o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Penitenciário (SILVA, 2021).

A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, promoveu a maior reforma do Código Penal de 1940, que modificou a parte geral, tornando-a compatível com a finalidade de adaptá-la ao destino humanitário que a sociedade estava tomando (MEDEIROS,

2011). Ademais, essa lei trouxe uma humanização das sanções penais e a consagração das penas alternativas à prisão. Houve, ainda, a aprovação do Projeto de Nelson Hungria, de 1963, que teve sua vigência postergada de 1969 até ser revogado em 1978, pela Lei nº 6.758, de modo que nunca chegou a ter eficácia. Bitencourt (2021) assevera que apesar da criação das penas alternativas à prisão, não foram oferecidas condições de infraestrutura correspondente para o seu cumprimento, sendo considerado uma grande irresponsabilidade governamental.

Registra-se que, a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, é dessa mesma época, motivo pelo qual a doutrina defende uma reforma uniforme e sistematizada do Código Penal e da Lei de Execução Penal, para que haja uma feição inteligível e de aplicação lógica (MEDEIROS, 2011).

Desse modo, é certo dizer que a legislação penal brasileira foi marcada por constantes avanços e retrocessos, sobretudo, pautada em uma política criminal do terror, característica do Direito Penal Simbólico, ou seja, as leis penais foram sendo elaboradas com o fito de atender a opinião pública do momento, para passar a ideia de que o Estado estava tomando medidas para melhorar a segurança pública. Destaca-se a criação de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), criminalidade organizada (Lei nº 9.034/95) e crimes de especial gravidade, sob o império da democrática Constituição de 1988. Além disso, tivemos grandes retrocessos, sobretudo por que o legislador nem sempre demonstrou respeito aos princípios constitucionais que impõem limites ao exercício do *ius puniendi* estatal, como por exemplo na criação do regime disciplinar diferenciado, com a Lei nº 10.792/2003, vez que as sanções não são destinadas a fatos, mas sim a determinadas espécies de autores. Esta lei impõe isolamento celular de até um ano, por meio de uma avaliação subjetiva de determinada instância de controle, aos que representam “alto risco” social ou carcerário ou se há “suspeitas” de participação em quadrilha ou bando (BITENCOURT, 2021).

Desse modo, temos que a escassez de políticas públicas serviram de suporte para uma progressiva diminuição da repressão penal, aliada a uma ineficácia do sistema penal. Entretanto, é necessário defender um Direito Penal humano, legitimado por meio do respeito aos direitos e garantias individuais, mesmo quando nos vemos frustrados, devido a falta de recursos ou a má gestão na administração da Justiça. Assim, seguimos lutando para o direito penal ter como função a proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais criados com base no Estado Democrático de Direito.

Vale mencionar que diante da internacionalização da criminalidade, tem havido esforços para promover a internacionalização do Direito Penal e Processual Penal, tendo em vista o atual contexto do mundo globalizado e do descompasso entre as legislações penais dos diferentes países. Assim, conforme Bitencourt (2021) diante da vontade em prol da efetividade material dos direitos e garantias individuais com a necessidade de um direito penal menos cruel, é necessário promover o pluralismo jurídico para consolidação do sistema democrático que refletia a convivência social em condições materiais de igualdade.

Todavia, apesar da pena privativa de liberdade ser considerada um avanço frente à pena de morte, a forma como as penas ainda são aplicadas considera-se que são penas mais desumanas e cruel que a pena de morte (MEDEIROS, 2011), uma vez que é notório que os estabelecimentos prisionais são precários, degradantes, desumanos e, sobretudo, há a prevalência da violência, o que evidencia o descaso com os direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade.

4.1. Finalidade da pena de prisão no brasil

Apenas no século XX uma visão unitária dos problemas da Execução Penal foi intensificada, de modo que as normas do direito penal, do direito processual penal, de atividade administrativa e jurisdicional, se adequaram profundamente às exigências modernas da Execução Penal (ALBERGARIA, 1993).

Segundo o item 13 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (LEP), são determinadas duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinadas a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social (BRASIL, 1983). A Lei de Execução Penal (LEP) - no mundo inteiro - é vista como uma das leis mais modernas, contudo, infelizmente não observamos a sua aplicabilidade nos casos concretos.

O artigo 1º da LEP dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Isto posto, é imprescindível que seja instaurado novo processo para executar a sentença, denominado de processo de execução penal. Assim, não basta o Estado apenas

impor a pena ou medida de segurança, é necessário executar as sanções para o direito de punir se consumir. Conforme o *caput* do art. 59 do Código Penal, a pena possui as funções retributiva e preventiva.

Isto posto, compreende-se que a Lei nº 7.210/84 adotou a teoria mista ou eclética, uma vez que enquanto visa punir o agente com a execução da sentença condenatória para prevenir novos crimes e proteger bens jurídicos, também determina que a pena deve ter um caráter humanizado, para garantir harmônico retorno do sentenciado à sociedade. Entretanto, Britto (2013) assevera que é necessário superar os pressupostos do paradigma punitivo, posto que apesar da legislação prever a execução da sanção com o objetivo integrativo, os obstáculos impostos pela arraigada concepção retributiva e preventiva da pena impedem que a integração dos sujeitos condenados seja efetivada.

Acontece que, as ideias de tratamento e ressocialização pressupõem um papel passivo do preso e ativo das instituições, motivo pelo qual Roig (2019) ressalta que a prevenção especial positiva não é constitucionalmente admissível. O mencionado autor ainda assevera que esse entendimento é um resíduo anacrônico da velha criminologia positivista que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior e considerava - acriticamente - a sociedade boa e o condenado como mau, assim esse deveria ser (re)adaptado à sociedade. Contudo, além de não questionar o papel da sociedade, o Estado não propicia condições necessárias para a reintegração social do indivíduo, para que o preso não cometa outros delitos dentro ou fora da unidade prisional.

Além disso, sabe-se que a maioria dos que são submetidos à pena de prisão ao contrário de ser ressocializado, regenerado, sai com o diploma de criminoso (FERREIRA, 2010). A fama de bandido comumente causa o afastamento de seus familiares durante o cumprimento da pena, gerando uma própria dessocialização (ROIG, 2019).

Bitencourt afirma que “o sistema penal permite a manutenção da estrutura vertical da sociedade impedindo a integração das classes baixas submetendo-as a um processo de marginalização”, posto que “os objetivos que orientam o sistema capitalista, exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, podendo afirmar que sua lógica é incompatível com o objetivo ressocializador (BITENCOURT, 2001).

Conforme Ferreira (2010), a ressocialização dos criminosos ficou há muito tempo perdida nos discursos, tendo em vista que apesar da LEP ser fundamentada em propósitos dignos, cujo efeitos almejados vão além da questão prisional, intentando a redução da criminalidade e o resgate da dignidade da pessoa humana em sua integralidade, suas normas não são seguidas.

Apesar da Constituição Federal de 1988 instituir algumas regras criminalizadoras, Roig (2019) defende que o conceito legitimador da pena não foi abarcado, longe disso, a CF estabelece conceitos e regras para conter o poder punitivo estatal. Assim, por não aceitar nenhum conceito que se protege alguma finalidade à execução da pena, para o mencionado autor a CF/88 não recepcionou as finalidades de retribuição e prevenção especial positiva da pena, motivo pelo qual compreende-se aceitável a teoria negativa, adotada por Zaffaroni, sendo como uma coerção do Estado privando direitos.

Diante disso, a possibilidade de poder castigar, neutralizar o indivíduo e ainda o ressocializar por meio da pena privativa de liberdade é tida, atualmente, como uma ilusão. Mirabete (2007 *apud* SILVA, 2021) enfatiza que é necessário unificar posturas como a humanização e a flexibilização da execução penitenciária, de forma que sejam garantidas medidas alternativas como as permissões de saída, o trabalho externo, os regimes abertos e a manutenção do vínculo familiar, afetivo e social do condenado.

4.2. Princípios limitadores do poder punitivo brasileiro

O Direito Penal, após superadas as fases de vingança privada, divina e pública, passa a ser visto como uma ordem de paz pública, que protege a convivência humana com a garantia da ordem jurídica por meio da coação estatal. No entanto, o poder punitivo estatal não é absoluto, uma vez que é limitado pelos princípios do Estado Democrático de Direito. Para Foucault (2008 *apud* FERREIRA, 2010), é necessário moderar e calcular os efeitos de retorno do castigo sobre a instância que pune e o poder que ela pretende exercer.

Desse modo, o direito penal é autônomo em seus efeitos, tais quais a aplicação das sanções, bem como é relativamente dependente de seus pressupostos, os preceitos incriminadores. É certo que o direito subjetivo, que nasce com a violação de um direito positivo, encontra-se limitado pela própria letra da lei - fonte imediata do direito penal -. A lei além de prever quais condutas o indivíduo pode ou não praticar,

sob a intimidação de aplicação da pena, vincula-se a si mesmo, já que não pode exercer o poder punitivo em detrimento de fato ainda não tipificado. Assim, afirma Medeiros (2011) que os princípios que limitam o poder punitivo do Estado são de fundamental importância para o Direito Penal, tendo em vista que visa evitar arbitrariedades e abusos.

Não obstante, segundo Fernandes (2000), o Estado de Direito precisa compatibilizar justiça e inclusão social para instigar o controle, a ordem e a disciplina prisional, senão será mero Estado de polícia que promove decisões de conflitos sem resolvê-los de fato. Nesse viés, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1992, afirmou que o Estado tem obrigação positiva diante das pessoas que são vulneráveis devido a condição de privação de liberdade, e assim, estabeleceu:

As pessoas privadas de sua liberdade não podem ser sujeitas à tortura ou outra forma cruel, desumana ou degradante e tratamento de punição, inclusive de experiência médica ou científica, nem tão pouco a dificuldades ou constrangimentos além daqueles resultantes da privação da liberdade; o respeito à dignidade de tais pessoas deve ser garantido sob as mesmas condições das pessoas livres.

Assim, a atuação do Estado, ao exercitar o *jus puniendi* no âmbito da execução penal, deve limitar-se ao comando emanado na sentença penal condenatória. No entanto, apesar de ser direito do Estado exigir o cumprimento das disposições da condenação, o sentenciado ou internado preserva os seus direitos não atingidos pela decisão judicial. Por conseguinte, podemos dizer que os termos da sentença condenatória equivalem aos limites da atuação estatal. De acordo com Salo de Carvalho (2008 *apud* MEDEIROS, 2011):

Ao sustentar que a pena é um ato político e que o direito, como limite da política, deveria estabelecer freios à sanção, se está a recusar os conhecidos modelos de direito penal máximo que, em sua estrutura teórica de razão de Estado, optam pelo primado da política sobre o direito. Desta forma, **o modelo garantista, negando as teorias da pena, estabelece critérios de limitação do poder penal.**

Vale mencionar que os princípios, segundo a concepção clássica são como normas com elevado grau de abstração e generalidade, de modo que o jurista possui um alto grau de subjetividade ao aplicá-la. São os valores do ordenamento jurídico. Assim, para essa concepção, as regras seriam as normas com pouco ou nenhum grau

de abstração e generalidade, e na sua aplicação a subjetividade do intérprete não produz praticamente quase nenhum efeito.

Já em uma visão mais moderna, conforme destaca Humberto Ávila (2005), há uma distinção forte entre princípios e regras utilizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, os princípios são aplicados mediante ponderação. Desse modo, incidindo mais de um princípio no caso concreto, deve haver a ponderação entre eles para se analisar qual deles vai incidir de forma prevalente. Sabe-se que os princípios possuem graus de otimização, ou seja, podem ser realizados em vários graus. No entanto, o conflito acontece apenas no caso concreto, quando é preciso analisar e verificar a aplicação das normas sobre ele.

Ressalta-se que para a concepção mais moderna, as regras estabelecem aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, é uma questão de tudo ou nada. Isto é, sua aplicação se dá mediante subsunção, ou o fato se aplica à norma ou não se amolda. Assim, sem análise de nenhum caso concreto, decide-se se uma norma revoga a outra, segundo o critério cronológico (a norma posterior revoga a anterior), por exemplo.

Assim, baseado no sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, os princípios e garantias da Carta Magna devem ser respeitados, de modo que o direito penal brasileiro deve ser estruturado fundamentado em uma concepção democrática do Estado de Direito (BITTENCOURT, 2021). Deste modo, conforme Nucci (2022), há a integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais, mas os que coordenam o sistema de princípios para a garantia dos direitos humanos fundamentais são o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

O **princípio da dignidade humana**, tanto pode significar - de forma objetiva - a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo às suas necessidades básicas, tais quais moradia, alimentação, previdência social, transporte, saúde, educação, higiene, lazer, como fixado pelo art. 7º, IV, da CF, quanto pode significar - de forma subjetiva - o sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

enquanto, o **princípio do devido processo legal**, é a garantia de que o indivíduo apenas será processado e punido se houver lei penal anterior que define determinada conduta como crime, cominando-lhe pena, motivo pelo qual considera-

se que parte do princípio da legalidade. Na época presente, entende-se que este princípio corresponde à junção de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade plena do processo criminal (NUCCI, 2022), motivo pelo qual é necessário que se respeite todo o procedimento previsto nas leis para que, ao final de um processo condenatório, possa haver a justa punição do acusado. Ademais, esse princípio se refere à limitação do exercício do poder, que deve se amoldar ao que determina a Constituição e, além disso, atender o princípio da proporcionalidade. Esta vertente permite também o controle das decisões judiciais, sob o âmbito da proporcionalidade e razoabilidade. Os princípios como contraditório, ampla defesa, juiz natural, imparcialidade do julgador, inadmissibilidade de provas ilícitas, etc, são seus corolários.

Desse modo, os mencionados princípios estabelecem a regência dos demais, de forma una e coesa, com lógica e autorregulação. Isto posto, devido a relevância para limitação do poder punitivo estatal, serão abordados os princípios constitucionais explícitos e implícitos pertinentes à atuação do Estado, quais sejam: o princípio da legalidade, anterioridade, retroatividade da lei penal benéfica, humanidade, intervenção mínima e princípios paralelos e corolários da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade, taxatividade, proporcionalidade e vedação da dupla punição pelo mesmo fato.

O **princípio da legalidade** se encontra previsto expressamente no art. 5º, XXXIX, da CF, bem como no art. 1º, do Código Penal. Este princípio preceitua que os tipos penais apenas podem ser criados por meio de lei em sentido estrito, respeitado o procedimento previsto na Constituição, ou seja, emanado do Poder Legislativo. Isto posto, tem-se que este princípio fixa o conteúdo das normas penais incriminadoras, e é um dos principais princípios basilares do Direito Criminal, configurando-o como ciência e sistema de pensamento dogmático-normativo.

Nesse sentido, Nucci (2022) adverte que apenas com a certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, não retroagindo para abranger condutas já realizadas, é que o indivíduo está seguro dos possíveis abusos do Estado, motivo pelo qual, conforme disposto na CF e no art. 1º do CP, “não há crime sem lei anterior que o defina”, nem tampouco pena “sem prévia cominação legal”. Desse modo, o **princípio da anterioridade** estabelece que a lei penal incriminadora só poderá ser aplicada a um fato concreto, se tiver tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina, como determina o princípio da anterioridade.

No entanto, pelo o **princípio da retroatividade da lei penal benéfica**, previsto no art. 5º, XL, da CF, bem como no art. 2º, parágrafo único, do CP, a nova lei penal pode voltar no tempo para favorecer o agente, mesmo após a sentença condenatória com trânsito em julgado.

A Constituição Federal ainda dispõe que não haverá penas de morte, - com exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão dos casos feita no Código Penal Militar -, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento ou cruéis, conforme o art. 5º, XLIX. Nucci (2022) assevera que “onde se lê cruéis, devemos incluir as penas corporais, que implicam castigos físicos”, já que cruéis é gênero e as espécies são as demais penas. Com isso, temos que o direito penal, pelo **princípio da humanidade**, deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados, sobretudo, por não ser admissível o concebimento de qualquer tipo sanção penal, ainda que a violação das normas de convívio social tenha sido grave. É o que se defende desde a obra emblemática do Marquês de Beccaria. Acontece que, como a humanidade determina que consideremos o homem, independentemente de classe social, origem técnica, gênero ou orientação sexual, como detentor de direitos simplesmente em razão da sua natureza humana, o condenado assim também deve ser considerado.

Além disso, apesar dos princípios da intervenção mínima e princípios paralelos e corolários da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade não estarem previstos na CF, seus preceitos são implícitos. O **princípio da intervenção mínima** determina que o direito penal só deve ser invocado, com a criação de um tipo penal, se os demais ramos do direito não forem suficientes para coibir a conduta indesejada. Pelo **princípio da subsidiariedade** temos que o direito penal é o último recurso, a *ultima ratio*, uma vez que há outros ramos do direito que devem solucionar as lides e desavenças surgidas na comunidade. Já, o **princípio da fragmentariedade** determina que o direito penal seja destinado para solucionar as condutas lesivas à vida em sociedade, tidas como mais graves, ou seja, só parte dos bens jurídicos são tutelados pelas normas penais incriminadoras. enquanto o **princípio da ofensividade** (ou lesividade), válida a punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados.

Ressalta-se que o **princípio da fragmentariedade** trata tanto quando o bem jurídico precisa ser protegido na sua integralidade, quanto à tentativa, uma vez que

protege o risco de perda ou de lesão e de lesão parcial do bem jurídico, como a tentativa e dolo eventual (NUCCI, 2022).

Para impedir o estabelecimento de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativas, que dão abertura para o abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos, se faz necessário que as condutas típicas, que são merecedoras de punição, sejam bem elaboradas e precisas, para não haver dúvida por parte do destinatário da norma (NUCCI, 2022). Desse modo, é imprescindível o fomento por mecanismos legítimos para a construção de tipos penais que respeitem o **princípio da taxatividade**, o qual decorre da legalidade.

O **princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato**, também denominado da proibição do *bis in idem* ou *ne bis in idem*, tanto veda a dupla punição pelo mesmo fato, quanto a dupla valoração de um mesmo fato para agravamento da pena. Outrossim, preceitua que deve ser proibido a execução em dobro de uma pena, bem como que o indivíduo seja processado duas vezes pelo mesmo fato.

Acrescenta-se que, as penas devem ser harmônicas à gravidade do fato cometido, de tal forma que se consagra o princípio da proporcionalidade. Assim, a cominação das penas nos tipos incriminadores devem ser determinadas como privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, ou seja, o **princípio da proporcionalidade**, previsto de forma implícita, preceitua que a limitação da ação estatal deve ser feita com base nos critérios da necessidade e da adequação, ponderando-se os meios utilizados e os fins pretendidos. Esse princípio pode ser extraído, de forma indireta do artigo 98, I, da CF, em que se determina que haja um procedimento oral e mais abreviado, com possibilidade de transação, para os casos de infrações penais de menor potencial ofensivo. Destaca-se que, para o professor Humberto Ávila (2005), o princípio da proporcionalidade, na verdade, se trata de um postulado, isto é, uma metanorma, que nada mais é do que uma norma que busca possibilitar a aplicação de outras normas.

É certo que no Estado Democrático de Direito, a liberdade de cada cidadão é um pressuposto lógico e deve ser presumida. Assim, toda restrição à liberdade, com ameaça ou imposição de penas, deve ser plenamente justificada, sendo proporcional ao fim buscado, que é a proteção do bem jurídico tutelado por aquela incriminação. Destarte, na criação de tipo penais, o legislador deve atender a uma vantagem social

relevante, posto que as penas devem guardar a devida proporção quanto aos atos a que visam punir e à importância do bem jurídico tutelado.

Ante o exposto, uma medida estatal que influencie os direitos individuais deve ser necessária, deve ser adequada àquilo que se pretende, deve se utilizar de meios legítimos para alcançar um fim legítimo e, por fim, deve haver uma ponderação que demonstre que estão consonantes e compatíveis.

4.3. Princípios regentes da execução penal perante o indivíduo

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 elegeu o Estado Democrático de Direito como forma de República Federativa (artigo 1º, da CF/88), prevendo direitos individuais, coletivos e sociais. Nucci (2022), leciona que os princípios constitucionais (explícitos ou implícitos) servem de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional.

Desse modo, a aplicação das normas de Execução Penal deve ser efetivada de acordo com princípios contidos na Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e de Direitos Humanos.

Nesse sentido, passaremos a analisar os princípios reguladores da execução penal concernentes ao indivíduo, com ênfase nos seguintes: princípio da personalidade, da individualização das penas, da culpabilidade, do contraditório e ampla defesa, da igualdade, da personalidade ou responsabilidade social. Esses princípios em qualquer situação são inafastáveis, por positivaram normas das declarações universais de direitos e das constituições democráticas superiorizando a tutela da liberdade em detrimento ao poder punitivo, assegurando a dignidade inerente a cada indivíduo, não admitindo qualquer exceção (KARAM, 2008).

O **princípio da personalidade** determina que as penas não podem passar da pessoa do réu. Também chamado de princípio da intranscendência da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição, que traz exceções à regra. Nos termos da norma constitucional, a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens podem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Nucci (2022) ressalta que essa exceção é necessária visto que a ninguém é dado o direito de enriquecer ilícitamente.

Segundo o **princípio da individualização da pena**, a pena deve ser individualizada para cada caso, não podendo o legislador estabelecer uma sanção penal para todos que cometer determinado crime, nem padronizar a forma de execução. Esse princípio é baseado no princípio da isonomia. Em Matéria criminal é necessário que o aplicador da lei respeite os parâmetros de flexibilidade da norma, o que é previsto no art. 5º, XLVI da CF, em face da desigualdade do condenado (FERREIRA, 2010). Assim, para a aplicação da pena é preciso estabelecer o *quantum* da pena, o regime de cumprimento e ponderar a aplicação dos benefícios legais cabíveis, como as penas alternativas e *sursis*. Nucci (2022), assevera que a individualização é feita em três níveis, tais quais: a individualização legislativa, - fixação do *quantum* abstrato da pena-, judiciária, - com base no art. 59 do Código Penal -, e, por fim, executória, após o trânsito em julgado perante o juiz da execução penal (indulto, comutação das penas, progressão de regime ou regressão). Com a individualização, busca-se evitar a reunião de presos de pequena com os de elevada periculosidade.

Justamente por não poder, num Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente, o **princípio da culpabilidade** encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição (NUCCI, 2022). Esse princípio preconiza não haver crime sem culpabilidade, ou seja, não haver responsabilidade penal sem dolo ou culpa (art. 18, do CP). Também denominado princípio da responsabilidade subjetiva, em oposição à responsabilidade penal objetiva, vedada em nosso ordenamento jurídico. Assim, ressalta-se que a culpabilidade pode ser elemento do crime (fato típico, ilícito e culpável), elemento de determinação da pena (a pena deve ser individualizada na medida da culpabilidade de cada sujeito) e vedação da responsabilidade objetiva (exigência de dolo e culpa).

Sabe-se que aos acusados em processo judicial ou administrativo são assegurados o **contraditório e a ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, VI, da CF). Miranda (2022), leciona que este princípio deve ser aplicado integralmente à execução penal, uma vez que não só a defesa, como a acusação deverão ser sempre ouvidas antes de qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade.

Assim, a Súmula Vinculante nº 5 do STF, que versa sobre a possibilidade de realizar processo administrativo sem defesa técnica, tendo em vista que não fere a

CF, não se aplica aos processos administrativos disciplinares da execução penal. Destaca-se que na execução penal os bens jurídicos protegidos são a vida e a liberdade do sentenciado, salvaguardados pela irrenunciabilidade da defesa técnica (CPP, art. 261; CADH, art. 8.2. “e”; PIDCP, art. 14.2, d), por certo, o entendimento sumulado não pode ser aplicado às sindicâncias.

A LEP determina que constituem direitos do preso a igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena (art. 41). Assim, pelo **princípio da igualdade** evidencia-se que todos os sentenciados deverão receber o mesmo tratamento independente de ser preso provisório, condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária (art. 2º, parágrafo único, da LEP), proibindo-se qualquer discriminação de natureza racial, social, religiosa ou política (art. 3º, parágrafo único, da LEP). Miranda (2022) leciona que a igualdade prevista na LEP tem como base o princípio da isonomia disposto na CF, sobretudo, quando prevê a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e à prática do racismo (art. 5º, XLI e XLII, da CF).

São estes, portanto, os princípios que orientam e disciplinam a interpretação, a aplicação e a execução das penas no Direito Brasileiro concernente ao indivíduo.

4.4. Das Sanções Penais Brasileiras

A prisão passou a ser a principal forma de punição em nosso país, desde o século XIX. Do ponto de vista constitucional, acerca das possibilidades da prisão, o Brasil adotou as seguintes normas:

Constituição de 1824: “À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se ela for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos, com as penas que a lei determinar.”

Constituição de 1891: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois da pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.”

Constituição de 1934: “Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.”

Constituição de 1937: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois da pronúncia do indiciado, salvo nos

casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente.”

Constituição de 1946: “Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou ordem escrita da autoridade competente, nos casos determinados em lei”.

Constituição de 1967: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente.”

Constituição de 1988: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Vale ressaltar que as penas podem ser de diversas espécies, sendo que a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso XLVI, que trata da individualização da pena que será adotada, entre outras, as seguintes penas: privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direito. Por sua vez, o art. 32, do Código Penal, classifica em três grupos as espécies de pena, tais quais: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

As penas pecuniárias, denominadas também como penas de multa, é distinta da pena restritiva de direitos denominada de prestação pecuniária, uma vez que se trata de sanção penal patrimonial, com previsão legal no art. 49 do CP. Este tipo de pena pode estar previsto no preceito secundário incriminador, de forma isolada, alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade, bem como pode ser utilizada para substituição da pena de prisão.

Ressalta-se que o STF já decidiu que o inadimplemento deliberado da pena de multa impede a progressão de regime, o que, pelo próprio termo “deliberado”, demonstra que essa regra não implica o impedimento do executado com absoluta impossibilidade econômica de realizar o adimplemento (STF, EP 12 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, julgado em 8/4/2015).

Quanto às penas restritivas de direitos, podemos mencionar a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a limitação de fim de semana, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana (art. 43, do CP). De acordo com Bitencourt (2021), as penas restritivas de direitos são classificadas como reais e pessoais, conforme atinjam de forma mais direta o patrimônio ou a liberdade do indivíduo. Representam, como penas alternativas que são, uma opção em relação ao encarceramento, que consubstancia maior restrição aos direitos do condenado.

As restritivas de direitos reais são a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. A prestação pecuniária é a pena restritiva de direitos consistente no pagamento de um valor, fixado entre 1 e 360 salários mínimos, à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social (art. 45, §1º, do CP). A perda de bens e valores é a pena restritiva de direitos que se traduz no confisco de bens e valores pertencentes ao executado (art. 45, §3º, do CP), com o limite do valor do prejuízo que tiver causado ou do proveito obtido com a conduta criminosa, o que for maior dentre os dois. É o chamado confisco-pena, sendo sua destinação o Fundo Penitenciário Nacional.

Por sua vez, as penas restritivas de direitos pessoais são a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao executado, que deverá cumpri-las em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos semelhantes, desde que em programas comunitários ou estatais (art. 46, do CP). A limitação de fim de semana consiste na obrigação de o executado permanecer por cinco horas diárias, aos sábados e domingos, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, ocasiões nas quais poderão ser ministrados cursos e palestras ou realizadas atividades educativas (art. 48, do CP; art. 152, da LEP). Por fim, a interdição temporária de direitos é a modalidade de pena restritiva de direitos em que o indivíduo fica privado do exercício de algum direito seu por determinado prazo, como, por exemplo, o de exercer a medicina. Suas hipóteses estão previstas no artigo 47 do Código Penal.

Ressalta-se que, em determinadas hipóteses, é possível também que a pena restritiva de direitos seja convertida em privativa de liberdade. É o que prevê o artigo 181 da Lei de Execução Penal:

Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) praticar falta grave;

e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

§ 2º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a", "d" e "e" do parágrafo anterior (não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; praticar falta grave ou sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa).

§ 3º A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a" e "e", do §1º, deste artigo.

Como já abordado, as penas restritivas de direitos fazem parte da segunda velocidade do direito penal, conforme a teoria do jurista Jesús María Silva Sánchez, enquanto as penas privativas de liberdade são manifestação do Direito Penal Tradicional ou da Primeira Velocidade. Assim, para fins desse estudo, iremos nos aprofundar apenas nas penas privativas de liberdade.

Destaca-se que ao final do processo criminal de conhecimento, caso tenha sido constatado que o indivíduo que violou a norma penal, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, Miranda (2022) leciona que o juiz deverá absolvê-lo impropriamente e aplicar uma medida de segurança. Todavia, devido às especificidades desta modalidade, não iremos abordá-la no presente estudo.

As penas privativas de liberdade são as de reclusão e de detenção, reguladas pelo Código Penal, e de prisão simples, com previsão na Lei das Contravenções Penais. Em tese, a pena de reclusão é destinada aos crimes mais graves, enquanto a de detenção se destina aos mais leves. Por sua vez, a prisão simples é reservada para as contravenções penais. Com a atualização realizada pela Lei 13.964/2019, o prazo máximo para as penas de reclusão e detenção é de 40 anos, e o da prisão simples é de 5 anos.

Quanto aos efeitos extrapenais, previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal, não se aplicam à pena de prisão simples, os quais são reservados para os casos de reclusão e detenção, exceto no que se refere à incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, que é reservada apenas para os crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.

Conforme o art. 68, do CP, a aplicação da pena, denominada de dosimetria, segue o método trifásico. Esse método se inicia com a fase das circunstâncias judiciais, prevista no artigo 59 do Código Penal. Em sequência, há a aplicação das agravantes e das atenuantes, com a estipulação da pena intermediária. Por fim, a terceira fase envolve a aplicação das causas de aumento e de diminuição de pena. Em seguida, após o trânsito em julgado da sentença, há a instauração do processo de execução penal.

5. Expansão do direito penal

Sabe-se que é direito do Estado exigir o cumprimento das disposições da sentença ao exercer o jus puniendi na esfera da execução penal. Por outro lado, são preservados os direitos do condenado ou do internado não atingidos pela decisão judicial. Assim sendo, os limites da atuação estatal são traçados pelos direitos das pessoas sentenciadas.

Nesse sentido, Jesús-Maria Sanches (2011), visando explicar acerca da expansão do direito penal, formulou a teoria de velocidades, as quais representam as transformações do direito punitivo, por meio da relação entre o tempo em que o Estado leva para aplicar a sanção penal, por meio do procedimento necessário e da pena aplicada.

A primeira velocidade formulada pelo referido autor relaciona-se com o Direito Penal Tradicional, demarcado pelo cárcere e pela sanção mais grave de aplicação cotidiana no sistema punitivo legal, a pena de prisão. Nessa primeira velocidade, os prazos são mais longos, com mais incidentes e oportunidade mais ampla de exercer o contraditório, vez que está relacionada ao exercício do amplo direito de defesa, em razão da sanção mais grave que pode ser imposta ao final do processo. Desse modo, tem-se que apesar do direito penal tradicional assegurar a garantia individual do limite estatal de intervenção no direito de liberdade do suposto autor do delito, delimita o fato típico e antijurídico descrito na lei penal e concebe ao Estado o direito de iniciar a persecução penal (GERLACK, 2014).

enquanto, na segunda velocidade, conforme Sanches (2011), o procedimento é mais célere, por haver uma flexibilização das garantias processuais do acusado, devido os prazos serem mais apertados e por haver menor âmbito de exercício da ampla defesa, - apesar de ser indispensável para o devido processo legal -. Através

desse procedimento mais célere, para manter o equilíbrio há o fomento para aplicação das penas alternativas à prisão.

E a última velocidade formulada pelo mencionado autor é uma combinação das duas primeiras primeiras. Em relação à sanção penal, há uma revalorização da pena de prisão e do encarceramento como resposta penal efetiva. Enquanto, acerca do procedimento, há relativização dos direitos e garantias do réu, com prazos mais curtos e menor oportunidade de se exercitar o contraditório. Por conta disso, ao se utilizar os dois fatores mais rigorosos, a doutrina relaciona essa velocidade ao direito penal do inimigo, o qual representa a adoção de normas voltadas à neutralização do criminoso, visto como um inimigo do Estado. Ou seja, o direito penal, nessa velocidade, admite uma ampla relativização das garantias jurídico-criminais, para permitir, até mesmo, o uso do direito penal como instrumento de política criminal (GERLACK, 2014).

Vale mencionar que o direito penal do inimigo, visando contornar uma suposta ineficácia do sistema, utiliza-se da pena em seus limites máximos. Tal utilização, conforme Semer (2019), é consequência da valorização da responsabilidade individual, que tenciona o esvaziamento da função da ressocialização da pena.

Em relação ao direito penal internacional, podemos inferir uma quarta velocidade, o qual se utiliza da punição de indivíduos que cometem crimes perante cortes internacionais. Segundo o jurista argentino Daniel Pastor (2006 *apud* GERLACK, 2014), a quarta velocidade se relaciona com o neopunitivismo, “entendido como corrente político-criminal que se caracteriza pela renovação da crença de que o poder punitivo pode e deve chegar a todos os aspectos da vida social”. Desse modo, no âmbito do direito penal internacional, o neopunitivismo teria como características o seu alto grau de ingerência política e a seletividade na escolha das condutas e da resposta que lhe é dada. Podemos dizer que o Tribunal Penal Internacional, criado em 1988, pelo Estatuto de Roma, é o marco dessa velocidade, o qual destina-se para punir os chefes de Estado que praticam crimes de “lesa-humanidade”, devido a dificuldade de receberem a punição adequada no Estado onde exerceram ou exercem chefia (GERLACK, 2014) .

Estas quatro velocidades expõem a pretensa transformação do direito penal de *ultima ratio* em direito penal preventivo de política criminal, menos garantista de direitos fundamentais.

Entretanto, conforme Hassemer (1989 *apud* BITENCOURT, 2021), é necessário que a pena estatal garanta a juridicidade, a formalização do modo social

de sancionar o delito, tendo em vista que o Estado através da pena não só deve realizar a luta contra o delito. O direito penal pertence ao caráter da pena por sua formalização, além de ser parte do controle social.

6. Poder punitivo da classe dominante

A não neutralidade da própria criminologia e todo o sistema de justiça penal é questionado pela Criminologia Crítica, a qual mostra que o direito tem carga política, está a favor de uma determinada classe e longe de ser justa e igualitária. Segundo Baratta, “a concepção liberal burguesa priorizou os interesses das classes dominantes, imunizou seus comportamentos sociais danosos e dirigiu o processo de criminalização para as classes subalternas” (BARATTA, 2002 *apud* BATISTA, 2011).

Nota-se que as pessoas tidas como criminosas pertencem aos setores sociais de baixos recursos e são elas que ocupam as unidades penais brasileiras. Em consequência da pobreza e antecedentes, os sentenciados e seus familiares possuem escassa influência no meio social, motivo pelo qual são alvos de discriminação pela sociedade, que já tem um pré-julgamento em relação a egressos do sistema prisional, sendo uma clara violação ao princípio da isonomia. Fernandes (2000) ao abordar a fala do criminologista Locard versa muito bem sobre a formação dos detentos:

Não existem verdadeiros profissionais do crime senão após sua passagem por estabelecimento penitenciário; é somente depois de ser detido e condenado por um pequeno furto, por uma rixa, por resistência a agentes policiais que o homem se torna criminoso habitual.

É certo que o sentimento de respeito ao sentenciado deve estar presente na execução de quaisquer tipos de pena, quer sejam as mais rigorosas ou mais brandas. Os regimes de cumprimento da pena são determinados, sobretudo, pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo. A progressão do regime de cumprimento de pena modula a intensidade da redução da liberdade (BITENCOURT, 2008)

À luz da Criminologia Crítica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de deliberados comportamento e de certos indivíduos, esta se mostra, sobretudo, como um status atribuído a determinados indivíduos, por meio de uma dupla seleção: primeiro, a seleção dos bens protegidos penalmente, dos

comportamentos ofensivos destes bens, definidos nos tipos penais; segundo, pela escolha das pessoas estigmatizadas entre todos os indivíduos que cometem infrações a normas penalmente sancionadas. É o que Zaffaroni define como “processo seletivo de criminalização”, a institucionalização do poder do estado para selecionar um limitado quantitativo de pessoas, impondo a estas uma pena, sob sua coação, por meio de um conjunto de agências, formando assim o sistema penal. Esse processo de criminalização primária é a realizada pelo legislativo, quando publica uma lei penal que incrimina ou permite a punição de certas pessoas e condutas. enquanto a criminalização secundária é a efetivação das leis para uma punição concreta, exercida pelas agências policiais (ZAFFARONI et al., 2003).

Os estabelecimentos prisionais são receptores finais do processo seletivo da criminalização secundária, uma vez que os atingidos pela agência policial estão ou vão para o cárcere. Desta forma, qualquer ato da criminalização primária aflige esta população que, por conseguinte, pode se revoltar e provocar motins, desordens e fugas. O maior quantitativo de prisões ou o prolongamento do tempo de prisão ocasiona maior superlotação, multiplicando as dificuldades e os riscos (ZAFFARONI et al., 2003).

Esse recrudescimento penal se dá por parte da comunicação de massas e grande parte dos operadores das agências do sistema penal, que fazem questão de demonstrar o poder punitivo estatal como um enfrentamento à criminalidade e aos criminosos, fazendo com que a população se sinta segura com a atuação das agências políticas e policiais.

Neste aspecto, assim como “Vigiar e Punir” já preconizava, não há como se falar em direitos e garantias fundamentais a todos, dado que os diplomas legais estão à disposição de certa camada social e segregam outras. No cotejo entre a criminologia crítica e as ideias de Michel Foucault, os pensamentos se complementam, à medida que as reflexões causadas por ambos, denotam a busca do senso humanitário em detrimento da operacionalidade seletiva do Direito Penal.

O já referido processo seletivo de criminalização por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, reforça a estigmatização social do criminalizado. Esta situação também é estudada por Zaffaroni (2002), para o jurista:

(...) o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim,

está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas.

Depreende-se de que não somos todos iguais “vulneráveis” ao sistema penal, o qual orienta-se por “rótulos” recolhidos nos setores mais marginalizados e humildes, fazendo com que haja uma rejeição do etiquetado como também aquele que se solidariza ou coaduna com ele.

Destaca-se que o Estado preserva a vida social de um determinado grupo social com a pena privativa de liberdade, posto que a teoria preventiva-especial não consegue atingir a função de ressocialização, diante das precárias condições de vida que o interior das prisões proporcionam. Além disso, faltam meios adequados e pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário eficaz (BITENCOURT, 2011).

Posto que o ambiente carcerário torna inatingível a tentativa reabilitadora, diante das condições materiais e humanas, inúmeros autores questionam a eficácia da pena privativa de liberdade. Não é uma discussão que diz respeito à origem da prisão, mas sim das condições reais de desenvolvimento da execução da pena privativa de liberdade, que é o momento final e problemático (BITENCOURT, 2017).

Apesar das condições variarem de um estado para outro, de uma cidade para outra e até mesmo de um estabelecimento a outro, no geral, as condições carcerárias no Brasil são assustadoras. Conforme Bitencourt (2017): “na maior parte das prisões no mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador.” Ou seja, será que o sistema carcerário por meio do sistema progressivo do cumprimento da pena consegue efetivar a finalidade da pena privativa de liberdade?!

Segundo Roig (2019), enquanto existir a pena privativa de liberdade, temos que incitar para que o cumprimento da pena se torne o mais humano possível, com menos prejuízo às pessoas presas, posto que a sua permanência é a prova da incompetência do Estado de utilizar novas formas de lidar com a criminalidade, tais quais as penas alternativas à prisão.

Acontece que, o sistema punitivo valida o imaginário social de que punir autores de condutas desviantes qualificadas como crime traz segurança, tranquilidade e proteção, que são objetivos sustentados pela publicidade (KARAM, 2008). No entanto, com a chegada do Estado Democrático de Direito não se sustenta mais uma política

penal repressiva, uma vez que deve haver uma estrutura ética baseada no respeito à dignidade da pessoa presa, bem como uma moderna política criminal fundada no respeito ao ordenamento jurídico que protege os direitos fundamentais da pessoa humana (SILVA, 2021).

Nesse sentido, para a criminologia crítica o crime além de ser um problema causador do prejuízo social, é resultado do conflito decorrente de classes antagônicas. Assim, esse ramo da criminologia questiona o fenômeno criminal pelas condições estruturais da desigualdade material e a exploração de classes. Isto é, por entender que a criminalidade é a criminalização feita por determinados processos seletivos de construção social do comportamento criminoso e de sujeitos criminalizados, a própria sociedade mantém o alvo nos sujeitos etiquetados para garantir as desigualdades sociais entre riqueza e poder.

Desse modo, é uma utopia acreditar que o Estado por meio da pena privativa de liberdade irá propiciar meios efetivos para ressocialização das pessoas presas, uma vez que o comportamento desviante é resultado da estrutura da sociedade. Assim, a criminologia crítica acredita que a criminalidade apenas irá ser resolvida com a supressão da desigualdade social, da exploração econômica e da arbitrariedade política sobre as classes dominadas.

Ressalta-se que os questionamentos promovidos pela criminologia crítica fomentou o surgimento de outras teorias criminológicas, tais quais: o direito penal mínimo (*ultima ratio*) e o abolicionismo penal (descriminalização).

Devido a pena ser a sanção mais violenta que o Estado pode impor, ela deve ser a menos aplicada (BRANDÃO, 2010). Isto é, por ser uma solução extrema e de caráter extraordinário, deve ser aplicada e executada apenas nas hipóteses onde não houver outros meios proporcionais alternativos e preliminares para impor o autor do fato danoso. Nesse sentido, o direito penal mínimo como um conjunto de normas adequado ao princípio da intervenção mínima, defende a utilização do Direito Penal apenas para crimes graves.

Nucci (2022) elucida que na perspectiva do direito penal mínimo, HASSEMER e MUÑOZ destacam que as soluções mais apropriadas são as seguintes:

- a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente afeta aos setores sociais mais baixos;

- b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da “criminalidade dos poderosos”, vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em direito penal;
- c) estabelecer uma política de descriminalização da criminalidade menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade “clássica”;
- d) efetuar investigações sobre a práxis do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções substitutivas desejáveis político-criminalmente.

Por outro lado, o abolicionismo penal defende uma nova forma de pensar o Direito Penal ao questionar o significado das punições e das instituições, além de almejar a construção de outras formas de liberdade e justiça. Por esse entendimento, o abolicionismo penal defende que o sistema prisional só irá ter solução com a descriminalização por meio da desconsideração de algumas infrações penais de determinadas condutas, bem como a despenalização através da eliminação da pena para a prática de certas condutas, apesar de permanecerem como delituosas (NUCCI, 2022).

Acontece que, segundo o abolicionismo penal, a sociedade teria condições de absorver os delitos cometidos sem a sua desintegração, já que a maioria dos crimes cometidos não são nem mesmo levada ao Judiciário, porque não é descoberta a autoria ou porque a sua prática não é de conhecimento da autoridade policial. Sendo assim, a descriminalização e a despenalização de várias condutas, hoje consideradas criminosas, poderiam facilitar a reeducação de muitos delinquentes, mediante outras formas de recuperação. Para isso, Nucci (2022) salienta que o abolicionismo recomenda, em síntese, a adoção dos seguintes princípios:

- a) abolicionismo acadêmico, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações-problema;
- b) atendimento prioritário à vítima (melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que construindo prisões);
- c) guerra contra a pobreza;
- d) legalização das drogas;
- e) fortalecimento da esfera pública alternativa, com a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação de massa, restauração da autoestima e da confiança dos movimentos organizados de baixo para cima, bem como a restauração do sentimento de responsabilidade dos intelectuais.

Entretanto, Luigi Ferrajoli (2002 apud NUCCI, 2022) discorda do abolicionismo penal e manifesta-se o seguinte sobre o tema:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.

Nesse sentido, o direito penal máximo que vem sendo adotado, primordialmente, pelos Estados-Unidos, implicando no método vulgarmente denominado de “tolerância zero”, defende que qualquer tipo de infração penal deve ser punido severamente, com o objetivo de servir de exemplo à sociedade e buscando evitar que o agente possa cometer atos mais graves. Uma vadiagem, por exemplo, deve ser punida penalmente, para que não se transforme em furto e, futuramente, em roubo ou até mesmo em latrocínio. Assim, o direito penal máximo é um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente (LUIGI FERRAJOLI, 1989 *apud* NUCCI, 2022).

Nucci (2022) também apresenta os axiomas do modelo garantista de direito penal, a seguir relacionados:

- a) não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*);
- b) não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*);
- c) não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*);
- d) não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitas sine injuria*);
- e) não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*);
- f) não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*);
- g) não há culpa sem o devido processo legal (*nulla culpa sine iudicio*);
- h) não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*);
- i) não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*);
- j) não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*).

Entretanto, a realidade do sistema prisional do Brasil, e de outros países, demonstra que apesar de um forte poder punitivo baseado em penas privativas de liberdade com longas penas, não tem contribuído para reduzir a criminalidade, ante o

alto índice de reincidência e, sobretudo, o elevado quantitativo da população carcerária que recebe um tratamento desumano e degradante.

Nesse sentido, é necessário que se tenha uma adequação do Direito Penal com o Estado Democrático de Direito, para se haver uma sociedade com menos desigualdade social, que de fato esteja preocupada com o tratamento igualitário da população, propiciando condições dignas e o respeito aos direitos fundamentais, bem como políticas públicas.

Como bem assevera Leal (2018), ainda que, no último meio século, a criminologia crítica tenha desempenhado um relevante papel para o desvelamento do saber autoritário classista, racista e legitimador do extermínio pretensamente neutro, orquestrado pela dogmática penal e suas instituições, as bases epistêmicas orientadas pelo paradigma da defesa social, fortemente marcado pela punição e seletividade, mantêm-se.

7. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

O sistema de justiça tradicional punitivo, como já abordado anteriormente, é composto por três fases, tais quais: a criação das leis pelo Poder Legislativo, sua aplicação pelo Poder Judiciário e execução das penas pelo Poder Judiciário e Poder Executivo. Desse modo, o cumprimento da pena privativa de liberdade encaixa-se no processo de execução penal.

Em concordância com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei de Execução Penal deve-se buscar a integração social do sentenciado à comunidade (art. 1º da LEP), para isto, tanto o condenado quanto a população em geral devem refletir e eventualmente promover mudanças - de mentalidade e de comportamento - para o fortalecimento da integração social. Além disso, a dignidade da pessoa humana em conjunto com o pluralismo (art. 1º, III e V, da CF), e com os objetivos de nosso Estado Democrático de Direito de não ser uma sociedade marginalizadora e discriminatória (art. 3º, III e IV, da CF), devem afastar o cunho estigmatizante e excludente do paradigma punitivo, ou seja, do sistema tradicional de justiça penal.

Nesse sentido, Britto (2013) destaca que um dos apontamentos da Comissão responsável por elaborar o anteprojeto da Lei de Execução Penal nacional foi justamente no sentido de humanizar o cumprimento da sanção penal, a seguir:

Para garantir o sucesso dessa tentativa, **deve-se, todavia, abandonar a idéia-mito da ressocialização, como se o único responsável pelo delito fosse o condenado, considerado um dissidente em uma sociedade perfeita e harmônica**, quando o delito é obra de um conjunto de circunstâncias, de uma sociedade de competição-hostilidade e de fruição com caráter crimínogeno, criadora de desejos artificiais e de baixa solidariedade, na qual o que mais importa é o sucesso e a fama, alcançáveis com a riqueza e não com virtudes de cunho moral.

Sabe-se que o direito penal tem sido entendido sob dois viés, o de garantidor da segurança jurídica e o de proteção da sociedade. Além disso, a pena tem sido vista sob o aspecto da prevenção por meio da sanção e pelo aspecto de prevenção especial por meio da ressocialização. Sendo assim, a função ressocializadora da prisão e da punição exige que as pessoas privadas de liberdade se adaptem à sociedade. Mas afinal, em um mundo globalizado e com inúmeros interesses, quais valores sociais estão vigentes?!

Zaffaroni e Pierangeli (2002) afirmam que devido às mazelas que se encontram no sistema carcerário, bem como pela ineficácia dos métodos adotados para a ressocialização, é inevitável que não ocorra a precariedade do sistema prisional. Isto é percebido na atual realidade das prisões brasileiras, tendo em vista que é notório que os direitos humanos previstos na carta magna não são respeitados, e sim violados. Desse modo, o sistema prisional tem cumprido um significado às avessas da finalidade proposta à punição legal.

Ocorre que, a reintegração do condenado ao convívio social deveria ser o produto final do cumprimento da pena privativa de liberdade, contudo não é a realidade do cárcere. Assim, o discurso penal oficial não condiz com o ordenamento jurídico penal pátrio, muito menos apresenta a racionalidade e a proteção social que veicula (FERREIRA, 2010). É evidente que os estabelecimentos prisionais incessantemente burlam a finalidade do Estado de Direito, que de forma intencionada produz prejuízos e danos que vão além das imposições da sentença penal condenatória, transgredindo a norma do art. 3º da LEP.

Nesse sentido, a teoria redutora de danos na Execução Penal, defendida por Roig (2019), considera-se a existência de um dever jurídico constitucional com o objetivo de se reduzir o sofrimento e a vulnerabilidade das pessoas encarceradas, com sentença definitiva ou não. Assim sendo, os operadores do direito, com ênfase

na interpretação e aplicação da norma, devem combater o poder punitivo, pois a função garantista do juiz é função prevista na Constituição Federal de 1988.

Segundo Foucault (2014), “a prisão é “natural” como é “natural” na sociedade o uso do tempo para medir as trocas”, uma vez que retirando o tempo do condenado, a prisão aparenta a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira. Outrossim, a teoria redutora de danos entende que a execução penal concebe o “governo de homens no tempo”, e que encarcerar seria subtrair um tempo existencial do prisioneiro. É certo que após o longo período de ócio prisional, que causa um sofrimento humano arrastando-se no tempo, nenhuma pessoa é a mesma após o emparedamento no cárcere (BATISTA, 2011).

Após a publicação da Lei de Drogas nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, houve uma ânsia para melhorar o sistema carcerário nacional que já demonstrava sinais de superlotação. Todavia, atualmente, a terceira maior população carcerária é a do Brasil, e conforme os dados divulgados pelo INFOPEN, em fevereiro de 2020, estima-se que 30% da população esteja presa com base na Lei de Drogas. Entre a população prisional feminina, 62% das mulheres foram presas por tráfico de drogas. Ou seja, são pessoas presas por um crime cometido sem violência (BORGES, 2019).

Registra-se que o avanço na política de “guerra às drogas” aumentou o encarceramento de homens e mulheres em 707% entre 1990 e 2016 (BORGES, 2019), de modo que o quantitativo total de presos - no sistema prisional estadual, federal e em carceragens de delegacias - passou de 90.000 para 726.700 em um lapso temporal de 26 anos, conforme os dados de dezembro de 2015 e atualizados até o mês de junho de 2016, divulgado por meio do INFOPEN (2017).

Além disso, conforme os dados mais recentes do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, cerca de 30% das pessoas privadas de liberdade ainda não foram condenadas.

Com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como pacote anticrime, quatorze leis nacionais foram modificadas, entre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos e o Código Eleitoral, com a finalidade de diminuir a criminalidade, aumentando o recrudescimento do sistema processual criminal e de execução de penas. Acontece que a maior parte dos operadores das agências do sistema penal, fazem questão de demonstrar o poder punitivo estatal como um enfrentamento à

criminalidade e aos criminosos, visando passar para a população uma sensação de mais segurança com a atuação das agências políticas e policiais.

Desde os tempos remotos a pena aplicada era baseada no status de cada cidadão, de modo que, o problema da penalização no Brasil, em suma maioria, decorre mais da situação econômica do infrator do que do próprio delinquente em si. Situação constatada até nos dias atuais. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2002):

(...) particularmente, dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, o sistema seleciona aqueles que, tendo caído em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do “bode expiatório”. Induvidosamente, isto constitui uma inqualificável violação dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, Wacquant (2001) afirma que o Direito Penal, em particular, reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, além disso, destaca que:

Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por décadas de ditadura militar, quando a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre feras e doutores, os “selvagens” e os “cultos”, que tende a assimilar marginais, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem.

Na perspectiva da criminologia crítica, o Direito Penal não é tido apenas como um sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, o qual se distingue em três mecanismos: o mecanismo da produção de normas, o mecanismo da aplicação das normas, e o mecanismo de cumprimento da pena.

Em todos os sentidos, sobretudo na seara do direito penal positivo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ser levada em consideração, tendo que ser respeitada e aplicada para todos em de acordo com seus princípios de ética e boa aplicação de um direito basilar. Além disso, deve prevalecer a coerência do sistema penal em relação à Magna Carta em seu art. 5º e seus incisos III e XLIX que especificam claramente que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Entretanto, no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal não é respeitada, assumindo assim, um significado às avessas do fim proposto à sanção penal, qual seja, a reintegração do condenado ao convívio social. As inúmeras violações de direitos humanos em relação ao preso são múltiplas e terríveis, sobretudo, se tratando da dignidade da pessoa humana. O crítico estado de superlotação é talvez o maior problema que aflige o sistema carcerário, vindo em seguida da falta de respeito para com a pessoa humana (FERREIRA, 2010).

Registra-se que uma das principais causas das superlotações nas unidades prisionais brasileiras é a edição de lei criminalizadoras, como por exemplo a Lei antidrogas, que determinou diversas prisões provisórias, o excessivo uso do regime fechado, apesar de outras penas alternativas (NÚÑEZ NOVO, 2018). Semer (2019) ainda destaca que a maioria das prisões em flagrantes passaram a ser mantidas pelos juízes até a citação pessoal, sob o argumento de diminuir o risco de revelia, bem como visando evitar a suspensão processual.

Em relação à validade da pena de prisão, seja em relação à teoria, aos princípios, aos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade, inúmeros são os questionamentos. Entretanto, pouco se questiona em relação à própria execução da pena privativa de liberdade, que é o momento final e problemático (BITENCOURT, 2017).

Roig (2005) destaca que o Estado no âmbito da execução penal deve ponderar dois prismas distintos, o positivo (ou de ação) e o inativo (ou de inação). No primeiro, com base nos preceitos da CF e da LEP, o Estado deve agir visando garantir aos condenados os direitos sociais. Já no segundo, o Estado tem a obrigação de não praticar nenhum ato que atente contra os direitos fundamentais dos custodiados privados de liberdade.

Entretanto, apesar das diversas alterações legislativas ao longo da história, ainda se faz necessário uma melhor adequação processual para - de fato - haver um modelo de cumprimento de pena condizente com o Estado Democrático de Direito,

uma vez que verifica-se que a estrutura da justiça tem proporcionado um maior encarceramento, ao invés de maior liberdade (SEMER, 2019). Nesse sentido, Valois (2017) afirma que todos os males dos quais a prisão busca solucionar, têm sido agravados, ou até mesmo criados pela guerra às drogas.

Isto posto, este capítulo será destinado para o estudo das normativas a respeito do regular cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil, a eficácia do sistema progressivo do cumprimento de pena no sistema prisional da Paraíba, sobretudo, por meio do estudo da situação das pessoas sentenciadas por tráfico de drogas, que se encontram custodiadas pela Penitenciária Desembargador Sílvio Porto.

7.1. Espécie de execução

É certo que o único legitimado para a execução penal é o Estado, ou seja, o exequente sempre será o Estado, independente do crime imputado ao agente no processo de conhecimento e da natureza jurídica da ação penal (pública ou privada). O executado poderá ser: o agente condenado por decisão judicial; aquele que sofreu uma absolvição imprópria; o beneficiado com a homologação da transação penal no âmbito dos Juizados Especiais da sentença de homologação da transação penal.

Após o trânsito em julgado e detido o condenado à pena privativa de liberdade, o Juízo em que tramitou a ação penal é responsável por encaminhar a guia de recolhimento ao Juízo da execução, conforme o art. 105 da LEP. Assim, quando a guia de recolhimento for recebida pelo Juízo da execução penal, esse deverá - por impulso oficial - iniciar a execução penal.

A execução do cumprimento da pena definitiva é a regra do ordenamento jurídico, consoante ao princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF; art. 8.2, da CADH), a qual só inicia após o trânsito em julgado.

Entretanto, em virtude da necessidade da prisão processual do sentenciado, foi desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência a execução provisória, visando garantir ao condenado provisório o gozo dos direitos previstos na LEP. Conforme preceitua Rafael Miranda (2022), houve muita resistência da linha punitivista, mas após a edição da súmula 716 do Supremo Tribunal Federal a questão foi pacificada. Atualmente, para a execução provisória é necessário os seguintes requisitos cumulativos: a ocorrência do trânsito em julgado para a acusação e o condenado

encontrar-se preso, tanto pela presença dos requisitos da prisão preventiva quanto pelo recurso por ele manejado não gozar de efeito suspensivo.

Ressalta-se que, após a lei nº 13.964/19, o art. 492, I, “e”, do CPP, passou a determinar que no rito do tribunal do júri, em caso de condenação a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, caso seja necessário, sem prejuízo de conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

7.2. Direitos e deveres dos sentenciados

A execução penal é uma relação jurídica estabelecida entre Estado (detentor do direito de punir e de executar a pena) e o preso/internado marcada pela existência de direitos e obrigações para ambas as partes.

O condenado definitivo à pena privativa de liberdade ou restritivas de direitos e o preso provisório devem obediência à disciplina carcerária, sendo informados, no momento que ingressam no sistema penitenciário, das regras de disciplina vigentes. Se, por acaso, ocorrer o descumprimento de norma disciplinar, o condenado poderá sofrer sanção disciplinar, devendo essa transgressão (falta) estar previamente descrita em lei ou regulamento, não podendo tal penalidade, colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. O art. 39 da LEP elenca esses deveres em 10 incisos, a seguir expostos:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Destaca-se que o descumprimento dos incisos II (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e V (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas) acarreta punição por falta grave (art. 50, VI, da LEP).

O respeito à integridade física e moral dos presos tem previsão constitucional (art. 5º, III, da CF). No plano infraconstitucional, o art. 38 do CP assevera que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. No mesmo sentido, o art. 40 da LEP ratifica que essas imposições devem ser observadas por todas as autoridades e atingem presos definitivos e provisórios. Dito isso, é correto afirmar que o privado da liberdade ainda figura como sujeito de direitos, tendo a LEP, em seu art. 41, apresentado um rol exemplificativo desses direitos, pois há inúmeros direitos espalhados em outros diplomas (Convenção Americana de Direitos Humanos, Regras mínimas da ONU para tratamento de reclusos – Regras de Mandela, etc). Vejamos os direitos do art. 41 da LEP.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Vale enfatizar que alguns direitos podem ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado pelo Diretor do estabelecimento. São 3 direitos que podem sofrer isso, quais sejam, incisos V (proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação), X (visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados) e XV (contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes).

7.3. Condições de cumprimento da pena

É evidente que as pessoas privadas de liberdade que se encontram sob a custódia do Estado brasileiro são submetidas a maus-tratos verbais e físicos, superlotação, falta de higiene, más condições de trabalho, deficiência nos serviços médicos, regime alimentar deficiente, elevado índice de consumo de drogas, abusos sexuais, ambiente propício à violência, dentre outros. Este cenário não é novidade, já foi reconhecido o Estado de Coisa Inconstitucional do sistema penitenciário (ADPF nº 347/DF).

Acontece que, a própria natureza da prisão contribui para o aumento da exclusão do preso do meio social, uma vez que até mesmo só pela condição de encarceramento prolongado de penas superiores a dois anos, sua reinserção social se torna mais difícil, mas de outro lado viabiliza ainda mais a incorporação no meio criminoso (BITENCOURT, 2017). Diante das condições materiais e humanas do cárcere, que distanciam cada vez mais da função reabilitadora, é ingenuidade acreditar que dissociando o criminoso da sociedade livre e o associando a outros criminosos com expertises em crimes mais violentos ao final do cumprimento da pena o sujeito estará reabilitado.

Todavia, essas deficiências não são pontuais dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Bitencourt (2017) destaca que a ocorrência constante de crueldade e desumanização existem tanto em países desenvolvidos, quanto nos menos desenvolvidos. Vale mencionar que em 2013, após discussões impostas no Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas Desumanas ou Degradantes (CPT) e, também, na Corte Europeia de Direitos Humanos, a Itália foi condenada em

virtude da superlotação carcerária, por manter presos em celas pequenas, falta de água quente, iluminação e ventilação inadequada (ROIG, 2019).

Nesse mesmo sentido, o Projeto de Extensão relativo ao monitoramento dos cumprimentos das decisões internacionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Complexo Prisional do Curado em Pernambuco⁴, vinculado à Universidade Federal de Pernambuco, afirma que a realidade do cumprimento de pena no Complexo Prisional do Curado, - devido a constância de rebeliões, agressões e mortes violentas, além da proliferação de doenças infectocontagiosas, tortura e superlotação -, infringe direitos garantidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual estabelece obrigações aos Estados Partes. Assim, devido à gravidade da situação, a emergência e a necessidade de evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos impõe medidas necessárias para sanar as violações dos direitos humanos violados.

Sabe-se que nos últimos anos a sensibilidade social em relação aos direitos humanos e à dignidade do ser humano aumentaram, o que tem influenciado na mudança do imaginário social a respeito de que os presos são seres humanos e precisam ser tratados com dignidade. Nesse sentido, pactos de direitos humanos acerca do sistema prisional foram estabelecidos, como as Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos (Genebra, 1955) e a Anistia Internacional, bem como diversos pactos de direitos humanos (BITENCOURT, 2021).

O nível de superlotação na maioria das vezes é tão elevado que pode determinar o caráter desumano ou degradante do ponto de vista físico de uma unidade prisional, conforme bem afirma Roig (2019). Esse é um dos principais problemas do sistema prisional do Brasil.

O Comitê Europeu para a Prevenção de Tortura e dos Tratamentos Desumanos e Degradantes destaca que a qualidade geral de vida em um estabelecimento se reduz de maneira significativa, sobretudo em razão do quantitativo de presos maior do que aquele para o qual a unidade foi projetada. A Corte Europeia de Direitos Humanos também aceita que a grave superlotação é motivo suficiente para considerar agressão ao princípio de que ninguém pode ser submetido à tortura, nem

4

Disponível

em:

<https://www.ufpe.br/documents/38978/1349466/AS+VIOLA%C3%87%C3%95ES+HUMANIT%C3%81RIAS+NO+COMPLEXO+PRISIONAL+DO+CURADO+UMA+AN%C3%81LISE+DOS+DESENHOS+INSTITUCIONAIS+INFORMAIS+FRENTE+AO+SISTEMA+INTERAMERICANO+DE+DIREITOS+HUMANOS..pdf/8884358d-640a-41a0-bf77-bfd0a5cba80c>. Acesso em 16 de maio de 2022.

a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

Nesse sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU por meio da resolução 217 A III, em 1948, determina que:

Artigo 5

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, através do Pacto de San José da Costa Rica também consta que:

ARTIGO 5 - Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

E, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aprovados pela Resolução 1/2008, encontra-se menção a medidas contra a superlotação, prevista no Princípio XVII, o qual determina que:

Princípio XVII - Medidas contra a superlotação

(...) A ocupação do estabelecimento acima do número estabelecido de vagas será proibida por lei. **Quando desse fato decorra a violação de direitos humanos, deverá ela ser considerada pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante. A lei deverá estabelecer os mecanismos para remediar de maneira imediata qualquer situação de alojamento acima do número de vagas estabelecido.** Os juízes competentes deverão adotar medidas corretivas adequadas na ausência de regulamentação legal efetiva. Constatado o alojamento de pessoas acima do número de vagas estabelecido num estabelecimento, os Estados deverão investigar as razões que motivaram tal situação e determinar as respectivas responsabilidades individuais dos funcionários que tenham autorizado essas medidas. Deverão, ademais, adotar medidas para que a situação não se repita. Em ambos os casos, a lei disporá os procedimentos mediante os quais as pessoas privadas de liberdade, seus advogados ou as organizações não- governamentais poderão participar dos procedimentos correspondentes.

Enquanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Organizações das Nações Unidas, promulgado no país pelo decreto nº 592/92, afirma que:

ARTIGO 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

ARTIGO 10.1

Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

As Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil, também denominada de Regras de Mandela, através da Resolução 14/94, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça, determina que:

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 2º e 3º do artigo 5º, respectivamente, aborda: [...] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” e “[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Outrossim, a LEP corrobora com as orientações da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que, com fundamento na dignidade da pessoa humana dispõe sobre a estrutura e finalidade das unidades prisionais, bem como das condições de encarceramento em celas individuais, conforme os arts. 85 e 88, *in verbis*:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Logo, no atual estado do sistema prisional brasileiro, não é possível argumentar pela não aplicação das normas e tratados internacionais para garantir os direitos das pessoas privadas de liberdade, sobretudo, acerca de condições dignas do cumprimento da pena.

Entretanto, progressivamente o Estado brasileiro demonstra que não tem condições de manter todas as pessoas privadas de liberdade com dignidade, uma vez que apesar do aumento da quantidade de estabelecimentos prisionais, o crescente número de presos constata a grave crise desencadeada pela superlotação carcerária. Assim, o tempo de encarceramento que deveria ser uma forma de exemplo para as pessoas, devido a inadequação dos regimes prisionais e a degradação humana, a prevenção do crime e a redução da violência tem caído por terra. Nesse sentido, Ferreira (2020) afirma que “o que era para ser uma instituição de ressocialização transforma-se numa escola de criminalidade”.

Outrossim, as autoridades administrativas e judiciárias, - sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem e segurança pública -, desprezam as reivindicações das pessoas privadas de liberdade e de seus familiares, o que demonstra que o arcabouço executivo-penal, ao contrário do princípio acusatório, ainda manifesta a marca do totalitarismo (ROIG, 2005). Além disso, o encarceramento em massa se mostra ainda mais violento por ser direcionado a determinados grupos, em regras os mais vulneráveis em relação a idade, sexo, raça e classe (SAMER, 2019).

Bitencourt (2017), ainda destaca que a medíocre estrutura das unidades prisionais, a superlotação carcerária, o ócio prisional sem a perspectiva de ressocialização, a falta de capacitação técnica dos servidores e a falta de orçamento para o sistema penitenciário contribuem para que a pena privativa de liberdade seja um castigo desumano, que desencadeia revolta na população, sobretudo daqueles já encarcerados, em prol dos condenados.

Além disso, o crescimento das organizações criminosas, as rebeliões com resultados funestos, onde os presos são mortos pelas mãos dos próprios companheiros de cela, os resgates e fugas, bem como os ataques à sociedade ordenados de dentro das prisões, são a prova da gritante crise da pena privativa de liberdade (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Desse modo, é evidente que o sistema prisional, tal como ele existe na sociedade capitalista, sobretudo no Brasil, é extremamente cruel. Posto que, além de confinar fisicamente em devastadoras condições, destrói a subjetividade das pessoas presas sem sequer oferecer uma possibilidade de racionalização da situação em que se encontra, bem como não apresenta uma perspectiva de mudança social na saída do cárcere.

7.4. Do Excesso E Do Desvio

Durante a execução de todos os tipos de pena deve-se estar presente o respeito ao apenado, mas como já foi abordado anteriormente, são inúmeras as violações dos direitos humanos, principalmente, em relação a dignidade da pessoa humana. Ferreira (2010) evidencia que, além do alto contingente populacional nas prisões, verifica-se uma seletividade de pessoas encarceradas e o avantajado desrespeito dos profissionais que estão em contato direto com essas pessoas.

É nítido que as condições de cumprimento da pena de prisão não são tal qual dispõem as normativas da Lei de Execução Penal. Desse modo, apesar de existirem normas que garantam direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, em verdade, não são respeitadas, devido às falhas estruturais dos poderes diante das escassas ou insuficientes políticas públicas, constituindo, desse modo, uma omissão inconstitucional.

Vale mencionar que o partido político Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), requerendo, em caráter liminar, para que todos os juízes e tribunais justificassem os motivos que os impedem de aplicar medidas cautelares alternativas à prisão, nos casos em que se decretou ou manteve a prisão provisória; para que todos os juízes e tribunais adotassem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que todos os presos fossem apresentados ao juízo competente no prazo 24 horas, a contar do momento da prisão (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015).

As falhas estruturais podem legitimar uma intervenção judicial, de forma que, ao se identificar uma violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, a

inconstitucionalidade por omissão dá lugar ao Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) (SOUZA, 2019). Assim, na decisão da Medida Cautelar, na ADPF 347, o STF declarou a existência do ECI no sistema carcerário brasileiro para demonstrar a omissão dos poderes públicos nas políticas públicas penitenciárias, que geram lesões a direitos e garantias fundamentais da pessoa encarcerada, legitimando a necessidade de intervenção judicial para a superação desse desrespeito (ROSA, 2020).

É certo que, o combate à criminalidade não é efetivo por meio da diminuição de direitos fundamentais, da criminalização de novas condutas, do aumento de penas e da edição de legislações penais. Caso esse método fosse eficaz, já deveria ter ocorrido uma redução do número de crimes cometidos, bem como não haveria superlotação das unidades prisionais. Ao contrário disso, vemos os Estados Unidos que tem uma política extremamente repressiva com estabelecimentos penais superlotados. Segundo Valois (2017), “a prisão tem sido a droga que mais mata, a que mais produz violência e a que mais causa insanidade para aqueles com ela relacionados”.

Além disso, percebe-se que a aplicação do direito penal, no Brasil, ao invés de ser *ultima ratio*, tem sido aplicada como *prima ratio*. Podemos dizer que diante da falta de políticas públicas, que visem - de fato - solucionar os problemas sociais, é apresentado legislações com conteúdo consideravelmente violentos, posto que por vezes objetiva exclusivamente a segregação como único recurso ao combate da criminalidade. É nítido o grave problema do sistema prisional brasileiro, ante a elevada superlotação e os altos índices de reincidência.

Nesse sentido, para haver uma reversão da situação de grave violação de direitos humanos do sistema penitenciário, é necessário o fomento da aplicação das normas vigentes por meio de uma interpretação mais benéfica para os apenados, bem como a promoção de políticas públicas e a edição de normas desencarceradoras. Nesse sentido, Valois (2017) afirma que é necessário reconhecer que a guerra às drogas tem provocado uma tendenciosa criação de tipos penais relacionados a uma relação comercial espontânea, ou seja, é necessário parar com o elevado índice de aprisionamento devido ao tráfico de drogas para se ter um mínimo de efetividade durante o cumprimento da pena.

Ressalta-se que, a LEP declara quando há excesso ou desvio de execução, mas não define tais institutos. Conforme Miranda (2021), a redação do art. 185, que

trata justamente sobre essa matéria, contribui para o dissentimento desses institutos, uma vez que como não há uma definição legal para os dois, até mesmo os entendimentos doutrinários são divergentes. Todavia, para o mencionado autor e Defensor Público do Estado de São Paulo, prevalece o entendimento a seguir:

Excesso de execução é a imposição de pena quantitativamente maior do que a prevista na sentença, enquanto o desvio é o desvirtuamento qualitativo da execução, desvio é, por assim dizer, a mudança ilegal do curso da execução.

Isto é, excesso de execução, por exemplo, é quando há erro no cálculo de pena aumentando o lapso para progressão de regime, ou quando o sentenciado recebe medida de segurança, mas, por falta de vagas em estabelecimentos adequados, permanece em presídio; bem como, desvio de execução, é a falta de oitiva judicial do sentenciado na apuração da prática de falta disciplinar, ou há imposição de condições ilegais ao cumprimento do regime aberto (MIRANDA, 2021).

Ressalta-se que, todos os legitimados pelo art. 195 da LEP, ou seja, os órgãos da execução penal e o próprio sentenciado, podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução.

7.5. Da Disciplina

A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Estão sujeitos a esse regime disciplinar tanto os condenados à pena privativa de liberdade ou restritivas de direito como o preso provisório. O não acatamento dessas regras gerará a imposição de faltas disciplinares.

Para que possa existir uma convivência harmoniosa no ambiente carcerário foram previstas regras disciplinares com o objetivo de manter a ordem no interior do estabelecimento penal. Para tanto, o condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares (art. 46, da LEP). Miranda (2022) enfatiza que, por se tratar de normas específicas de conduta, diferentemente das leis, as norma disciplinares não são de conhecimento presumidos dos sentenciados.

Destaca-se que, em razão dos princípios da anterioridade e da legalidade, não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal e regulamentar. Essas sanções não podem colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. A LEP ainda veda de maneira expressa o emprego de cela escura (a “solitária” é expressamente vedada pela LEP), afinal de contas, a CF veda a imposição de pena cruel (art. 5º, XLVII, “e”, da CF), bem como a aplicação de sanções coletivas (o que afrontaria o princípio constitucional da individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CF).

A atividade disciplinar nas penas privativas de liberdade, por apresentar caráter administrativo, em regra, será exercida pelo Diretor do estabelecimento penal, em conformidade com as disposições regulamentares, sendo inadmissível qualquer espécie de delegação. Assim, salvo na prática de faltas consideradas graves, não há necessidade de informar o Juízo da Execução acerca da imposição de sanções disciplinares.

Nas faltas graves, a autoridade administrativa deve informar o Juízo da execução para os fins de regressão de regime (art. 118, I, da LEP), revogação de saídas temporárias (art. 125 da LEP), perda dos dias remidos (art. 127 da LEP) e conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, §§1, “d” e 2º, da LEP). As faltas disciplinares são classificadas em graves, médias e leves. As condutas contrárias às normas disciplinares recebem o nome de faltas disciplinares. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada (diferentemente do raciocínio da tentativa do CP - art. 14). As faltas médias e leves, assim como suas sanções correspondentes, são descritas em estatutos penitenciários (legislação estadual). Já as faltas graves, não admitindo interpretação extensiva, estão descritas em rol taxativo na LEP, tais quais:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

- I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- II - fugir;
- III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV - provocar acidente de trabalho;
- V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

O art. 52 da LEP prevê a prática de crime doloso como falta grave. Nesse sentido, destaca-se o teor da súmula 526 do STJ:

O reconhecimento de falta grave decorrente de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para a apuração do fato.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a inobservância do perímetro estabelecido para monitoramento de tornozeleira eletrônica⁵ configura falta disciplinar de natureza grave, bem como a utilização do equipamento sem bateria suficiente⁶.

Para a apuração da falta grave é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo ainda assegurado ao preso a assistência de um advogado (constituído ou dativo) ou um integrante da Defensoria Pública para a realização de sua defesa técnica (súmula 533 do STJ). Todavia, a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

É certo que a falta grave interrompe os lapsos para progressão de regime prisional (art. 112, §6º, da LEP; Súmula 534, do STJ) e para remição da pena (art. 127, da LEP), mas não interrompe a contagem dos lapsos para livramento condicional, indulto e comutação de penas (súmulas 441 e 535, do STJ), bem como para saída temporária e do trabalho externo.

⁵ STJ, AgRg no HC nº 537620 / SP, Min. Leopoldo De Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta turma, j. 05/12/2019.

⁶ STJ, AgRg no REsp nº 1.766.006/TO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 06.12.2018.

A LEP, em seu art. 51, também previu falta grave para o condenado no cumprimento da pena restritiva de direitos.

As sanções disciplinares estão num rol taxativo do art. 53 da LEP:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

A advertência e a repreensão são admoestações feitas ao preso. Todavia, a segunda difere da primeira por ser sempre escrita e não verbal. Só lembrando que as faltas tentadas terão a mesma sanção das faltas consumadas (art. 49, § único, da LEP). As sanções dos incisos I a IV serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento, mas para a sanção do inciso V (regime disciplinar diferenciado) é necessário ser por decisão judicial.

A autorização para a inclusão de preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. A aplicação de sanção disciplinar deve nortear-se por critérios de individualização em que se considerem a natureza, os motivos determinantes, as circunstâncias e as consequências do fato praticado, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão (LEP, art. 57). Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 da LEP: a) suspensão ou restrição de direitos; b) isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 88 da LEP; c) inclusão no regime disciplinar diferenciado. As faltas leves e médias são punidas com advertência ou repreensão. Já as faltas graves autorizam a imposição de suspensão ou restrição de direitos, isolamento em cela ou local adequado ou inclusão no RDD (regime disciplinar fechado).

Destaca-se que o regime disciplinar diferenciado, previsto no art. 52, da LEP, teve origem a partir da resolução de nº 26/2001 da Secretaria de Administração do Estado de São Paulo (SAP) como forma de dar um tratamento mais rigoroso às

facções criminosas atuantes nos estabelecimentos prisionais paulistas. Em seguida, mais precisamente no ano de 2003, ingressou no ordenamento jurídico a Lei nº 10.792/03 para inserir tal infração disciplinar no rol das sanções estabelecidas na Lei de Execução Penal. Este regime/sanção disciplinar é aplicável aos presos condenados ou provisórios, nacional ou estrangeiro em três situações, tais quais: prática de fato previsto como crime doloso, que constitui falta grave, desde que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sem prejuízo da sanção penal correspondente (art. 52, caput, da LEP); quando o preso apresentar alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, §1º, da LEP); quando existirem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do preso provisório ou condenado, a qualquer título, em organizações criminosas, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (art. 52, §2º, da LEP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19).

Com o advento da Lei nº 13.964/19 as regras aplicáveis ao preso sujeito ao RDD passaram a ser as seguintes:

1. Duração máxima de 2 anos, sem prejuízo de repetição dessa sanção em caso de cometimento de nova falta grave da mesma espécie;
2. Recolhimento em cela individual;
3. Visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas. Essa visita será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário. Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber essa visita poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (vezes) por mês e por 10 (dez) minutos;
4. Direito do preso de sair da cela por 2 horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;
5. Entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;
6. Fiscalização do conteúdo da correspondência;
7. Participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

Já vimos que o mau comportamento do preso durante a execução penal autoriza a imposição de sanção disciplinar. De outro lado, o bom comportamento também mereceu atenção da LEP, com a previsão de benefícios chamados de recompensas como forma de incentivar tal comportamento durante o cumprimento da pena. Então, as recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho. Essas benesses chamadas de recompensas são divididas em elogio e regalias. As regalias não podem frustrar os objetivos da Lei de Execução Penal, tampouco conceder privilégios inaceitáveis, cabe a legislação local (estatutos penitenciários) e os regulamentos determinarem a natureza e as formas de concessão.

7.6. Estabelecimentos prisionais

Em harmonia com a Lei de Execução Penal, estabelecimentos prisionais são o gênero do qual são espécies os estabelecimentos destinados ao recolhimento dos sentenciados, dos submetidos à medida de segurança, dos presos provisórios e dos egressos.

Acontece que, conforme o mandamento constitucional (art. 5º, XLVIII, da CF) “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Além disso, Miranda (2022) afirma que visando garantir a individualização da pena e para garantir a dignidade da pessoa, a mulher e o idoso deverão ser recolhidos separadamente em estabelecimento próprio e adequado. Contudo, no mesmo espaço podem existir distintos estabelecimentos (art. 82, §2º, da LEP), desde que haja isolamento dos locais para que se abrigue apenados com as mesmas características.

O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários. Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizante (instrumento importante para a ressocialização do preso, bem como para a remição da pena) e, ainda, haverá uma instalação para a prestação de assistência jurídica pela Defensoria Pública.

Em se tratando de estabelecimentos penais destinados às mulheres, deverão ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (art. 83, §2º, da LEP). Cumpre ainda alertá-los que esse direito previsto na LEP decorre de um direito constitucional consagrado no art. 5º, L, do Texto Maior, qual seja, às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Nesses estabelecimentos penais destinados ao atendimento de presidiárias, os agentes incumbidos da segurança de suas dependências internas serão, exclusivamente, do sexo feminino. Todavia, essa regra vai de encontro com o determinado na Regra 81 das Regras de Mandela, a qual determina que:

Regra 81

1. Nos estabelecimentos prisionais destinados a homens e mulheres, a secção das mulheres deve ser colocada sob a direção de um funcionário do sexo feminino responsável que terá à sua guarda todas as chaves dessa secção.
2. Nenhum funcionário do sexo masculino pode entrar na parte do estabelecimento destinada às mulheres sem ser acompanhado por um funcionário do sexo feminino.
3. A vigilância das reclusas deve ser assegurada exclusivamente por funcionários do sexo feminino. Não obstante, isso não impede que funcionários do sexo masculino, especialmente médicos e professores, desempenhem as suas funções profissionais em estabelecimentos prisionais ou secções do estabelecimento prisional destinados a mulheres.

Além disso, como consequência natural da individualização da pena, também se faz necessário a classificação dos presos em grupos. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Essa exigência, além de estar prevista nas Regras mínimas da ONU para tratamento de reclusos (regra de nº 8, “b”) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art.5º, item 43), estar prevista expressamente na LEP (art. 84, caput). Também haverá separação entre preso primário e o reincidente, evitando, assim, a influência do criminoso contumaz com aquele iniciante no mundo do crime.

Vale mencionar que essa separação entre presos provisórios e condenados foi defendida por John Howard, aplicado no sistema penitenciário filadélfico.

Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados

pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

Ressalta-se que o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada, bem como o preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas. Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos.

A LEP estabelece no art. 85, §1º que a União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

A inclusão de preso em estabelecimento penal de segurança máxima, de responsabilidade da União, restou prevista pela lei nº 11.671/08. Essa inclusão de preso no sistema penitenciário federal se desenvolve em duas etapas. A primeira parte ocorre com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima. (arts. 3º e 4º da Lei 11.671/08). A segunda parte se dá com a admissão do preso mediante decisão fundamentada do juízo federal. Instruído os autos do processo de transferência, serão ouvidos, no prazo de 5 (cinco) dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem com o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a quem é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado.

É certo que a decisão que admitir o preso no estabelecimento penal federal de segurança máxima indicará o período de permanência. Havendo extrema

necessidade, o juiz federal poderá autorizar a imediata transferência do preso e, após a instrução dos autos, decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada. O período de permanência será de até 3 (três) anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram (art. 10, §1º, da Lei 11.671/08, com redação dada pela Lei nº 13.964/19).

Ressalta-se que, de acordo com os Princípios de Yogyakarta, toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana, inclusive a orientação sexual e identidade de gênero são parte essenciais da dignidade de cada pessoa. Assim, embora não exista no Brasil legislação específica a esta questão, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editaram a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, o qual estabelece parâmetros de acolhimento de lésbicas, gays, bissexuais, travetis e transexuais em privação de liberdade, em seguida o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020, estabelecendo diretrizes e procedimentos a serem adotados. Miranda (2022) enfatiza que, a transferência dessas pessoas para o espaço de vivência específico fica condicionada à sua expressa manifestação de vontade. Desse modo, as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade (art. 85, caput, da LEP). A fixação desse número cabe ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o qual determina o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Entretanto, essa regra está longe de ser obedecida no Brasil. A terceira maior população carcerária é custodiada pelo Estado Brasileiro, em julho de 2019 totalizava 755.274 pessoas (INFOPEN, 2019b). também aponta que o número de pessoas presas excede em 38,4% ao total de vagas disponíveis no sistema penitenciário. São 461,026 vagas para 758.676 detentos – outras 14.475 estão detidas em delegacias de polícia. Atualmente, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, com base no levantamento feito no período de julho a dezembro, há 824.340 pessoas presas.

Em linhas gerais, os estabelecimentos prisionais são os seguintes: penitenciária; colônia agrícola, industrial ou similar; casa de albergado; centro de observação; hospital de custódia e tratamento; cadeia pública.

A penitenciária, também denominada de presídio, destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. A LEP ainda menciona que União, Estados, DF e municípios poderão construir penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime disciplinar diferenciado. As penitenciárias devem ser compostas de celas individuais com área mínima de 6 m², com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, ventilação, insolação e condicionamento térmico que garanta condições de salubridade. Além disso, as penitenciárias femininas, cumulado com os requisitos acima, também devem contar com uma seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças entre 6 meses e 7 anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa, sendo dado atendimento por pessoal qualificado e funcionamento em horários que proporcione melhor assistência à criança e à sua mãe. Já a penitenciária masculina, por razões de segurança, deve ser construída em locais afastados do centro urbano, mas não que impossibilite a visitação, medida importante para a finalidade ressocializadora da pena.

A colônia agrícola, industrial ou similar é destinada para o condenado à pena privativa de liberdade em regime semiaberto. Observada a seleção adequada e o limite de capacidade máxima para a satisfação da finalidade individualizadora da pena, os presos habitarão alojamentos coletivos, observando-se as condições mínimas de salubridade (insolação, ventilação e temperatura). A seleção para a permanência nas celas coletivas deve ser respeitada a seleção adequada dos presos, de acordo com a aptidão para o trabalho e outros pontos de afinidades, evitando a permanência de presos junto com grupos inimigos (MIRANDA, 2022).

Ressalta-se que não se pode admitir a manutenção do sentenciado em regime diverso e mais gravoso que o previsto na sentença, apesar de ser muito comum encontrar presos com direito ao regime semiaberto em penitenciárias, sob a alegação de ausência de vagas. Por conta disso, o STF editou a Súmula Vinculante nº 56. Assim, até que sejam estruturadas as alternativas, - tais como a saída antecipada, a liberdade eletronicamente monitorada, prisão domiciliar, ou até mesmo o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao apenado que progride ao aberto - , poderá ser requerida a prisão domiciliar do condenado.

A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana (pena restritiva de direitos – art. 43, VI, do CP). Reparem que modo diverso da penitenciária, o prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, para facilitar o acesso ao trabalho e à escola e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Afinal de contas, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. No regime aberto, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. Em cada região (Comarca) haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, devendo o estabelecimento conter instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados. Caso não exista casa de albergado ou não tenha vagas, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que esse condenado cumpra pena em prisão domiciliar até o surgimento de vagas no regime aberto, ainda que não presentes qualquer circunstância do art. 117 da LEP⁷.

No Centro de Observação, que será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal, serão realizados os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão enviados à Comissão Técnica de Classificação. Miranda (2022) afirma que tem havido abandono acerca da construção dos centros de observação por parte da gestão penitenciária dos estados, devido os exames poderem ser delegados às Comissões Técnicas de Classificação.

O Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que também deve obedecer os critérios de salubridade (ventilação, insolação e temperatura) é destinado ao tratamento de pessoas que serão submetidas ao cumprimento de medida de segurança, ou seja, os inimputáveis (art. 26, caput, do CP) e os semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único, do CP). Só lembrando que o legislador brasileiro, após a reforma penal de 1984, adotou o sistema vicariante ou unitário. Com isso, resta dizer que ao semi-imputável é aplicada pena ou medida de segurança, segundo a providência mais recomendada para o caso concreto, não existindo, em hipótese alguma, a

⁷ Art. 117 da LEP: Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.

possibilidade de cumular tais sanções penais (sistema do duplo binário). Ressalta-se que, na falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico a internação ocorrerá em outro estabelecimento adequado, mas isso não significa dizer em locais destinados ao cumprimento de pena ou prisão provisória.

Cadeia pública é o estabelecimento penal destinado ao recolhimento de presos provisórios (aquele que ainda não apresenta em seu desfavor uma sentença penal condenatória transitada em julgado), equiparando-se ao regime fechado. Esse tipo de unidade prisional será instalada próxima de centro urbano, observando-se na construção as exigências do art. 88 da LEP (cela individual de 6 m² com dormitório, aparelho sanitário e lavatório), além dos critérios dos critérios de salubridade (ventilação, insolação e temperatura). Com o trânsito em julgado, esse preso deve ser transferido ao estabelecimento penal adequado ao regime fixado na sentença condenatória (fechado, semiaberto e aberto). Todavia, na realidade, observamos preso definitivo cumprindo pena em cadeia pública!

Além disso, a Cadeia Pública é o lugar eleito pela LEP para o cumprimento de prisão civil (inadimplente de pensão alimentícia) e de prisão administrativa (exemplo: estrangeiro que aguarda expulsão), na falta de estabelecimento adequado (art. 201 da LEP e art. 528, §4º, do Novo CPC). Cada comarca terá, pelo menos, 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Nunes (2016) destaca que o estado de Minas Gerais por meio de lei estadual determinou a criação de estabelecimentos penais do tipo Associação de Assistência e Proteção aos Condenados (Apac), onde a participação do Estado é quase nenhuma, já que a administração combate à Igreja Católica, que indica seu diretor e faz o gerenciamento em conjunto com a partição da sociedade. As estatísticas dessas unidades alegam que 85% dos presos que cumprem pena não voltam a cometer novos delitos, mas durante o cumprimento de pena é feito uma avaliação disciplinar com pontos - afixados em lugar visível - e com uma falta grave cometida, o detento é transferido para um presídio comum. Assim, além do forte cunho religioso, rígida disciplina e trabalho obrigatório, o Estado abdica do direito de punir e executar a pena, o que fere a Constituição Federal, por não ser passível de delegar essas atribuições a um particular.

7.7. Dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade

No Brasil o sistema prisional é o progressivo, no qual os apenados devem, conforme seu mérito, ir do regime mais gravoso ao menos restrito ao longo da execução da pena.

Os regimes de cumprimento da pena são determinados, fundamentadamente, pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo. A progressão do regime de cumprimento de pena modula a intensidade da redução da liberdade (BITENCOURT, 2021).

As fases de progressão de regime da Execução Penal tem o objetivo de reeducação do condenado até que o mesmo seja colocado em liberdade. As diferentes fases dos regimes de penas correspondem às mobilidades do tratamento sociológico. Sendo assim, estas fases de progressão de regime de pena preparam o preso para retorno ao convívio com a sociedade, condicionalmente ou definitivo, dando ênfase na formação profissional e educação social. O destaque dessa preparação recai do regime de semiliberdade, possibilitando a realização de cursos, trabalhos externos e atividades inerentes ao retorno à sociedade (ALBERGARIA, 1999).

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é aplicado pelo juiz, por ocasião da sentença condenatória. O critério mais importante, mas não único, para a determinação do cumprimento de pena é a avaliação quantitativa da pena do condenado. Quanto maior a pena, mais rigoroso será o regime inicial de cumprimento da pena, evidentemente pela reprovação social da conduta que ensejou a condenação.

A respeito da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o STJ possui a Súmula 440:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Também sobre o tema, a Súmula nº 719 do STF dispõe o seguinte:

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Conforme dispõe o artigo 33 do Código Penal, o condenado à pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Ressalta-se que os presos provisórios devem ficar separados dos presos definitivos e os presos provisórios devem ser separados entre si de acordo com os seguintes critérios (art. 84, I, II, III, da LEP): acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversas dos dois anteriores.

No regime fechado o condenado cumpre a pena em penitenciária e estará obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena. E o trabalho externo só é possível em obras ou serviços públicos, desde que o condenado tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena. Nesse regime o condenado fica sujeito ao isolamento durante o repouso noturno. Quem cumpre pena em regime fechado não tem direito de frequentar cursos de instrução ou profissionalizantes (BITENCOURT, 2021).

No regime semiaberto não há previsão para o isolamento durante o repouso noturno. Nesse regime, o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. No regime semiaberto o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado (BITENCOURT, 2021).

Enquanto o regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado. O condenado só permanecerá recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga. O condenado deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade fora do estabelecimento e sem vigilância. [...] O maior

mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil (BITENCOURT, 2021).

A forma progressiva da execução da pena privativa de liberdade é – segundo o art. 33, §2º do Código Penal, e art. 6º e 112 parágrafo único da Lei de Execução Penal – seguido do regime fechado para o semiaberto e, depois, para o aberto.

No entanto, é de senso comum que o sistema prisional não é compatível com as normas da LEP, uma vez que não há unidades prisionais que consigam atender o idealismo programático da lei.

Além do regime de cumprimento de penas, há a possibilidade excepcional de o agente ser submetido a um regime diferenciado, por período limitado. Não se deve confundir com os regimes de cumprimento de pena, por ser uma espécie de sanção disciplinar. O regime disciplinar diferenciado (RDD) é uma das sanções disciplinares cabíveis na execução penal, devendo ser determinada pelo juiz, após manifestação da defesa e do Ministério Público, com base em requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. As principais características do RDD estão previstas no art. 52 da LEP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019. Ademais, o artigo 53, V, da LEP prevê sua natureza de sanção disciplinar, além de o artigo 54 tratar da sua forma de determinação.

Ademais, visando proporcionar a antecipação da liberdade a quem esteja cumprindo pena privativa de liberdade, há o livramento condicional, que é uma medida de política criminal, devidamente prevista em lei (NUCCI, 2022). A concessão do livramento condicional ocorre em um ato solene, presidido pelo juiz e denominado de audiência admonitória. É expedida uma carta de livramento, na qual consta que o condenado recebeu referido benefício. As formalidades estão previstas nos artigos 136 a 138 da Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal. Há hipóteses em que o benefício deve ser obrigatoriamente revogado pelo juiz. Isto se dá quando o sentenciado vem a ser condenado definitivamente a pena privativa de liberdade (art. 86 da LEP): por crime cometido durante o benefício; ou por crime cometido anteriormente, desde que a soma das penas demonstre que ele não cumpriu o lapso temporal exigido para o livramento condicional.

7.8. Progressão de regime

A progressão de regime é um direito público subjetivo do sentenciado, desde que cumpridos os requisitos legais. O artigo 112 da Lei de Execução Penal estabelece os requisitos para a progressão de regime. E, devido ao interesse de maior aprofundamento, iremos abordar a sucessão de leis no tempo até as regras atuais.

Antes da Lei 13.964/2019 o artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP) possuía a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Em regra, a progressão da pena dependia do cumprimento de 1/6 (um sexto da pena), além do mérito do sentenciado. Entretanto, no caso de crimes hediondos e equiparados, havia a proibição legal de progressão de regime para os delitos hediondos e equiparados (“A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”), o que foi considerado inconstitucional pelo STF. Com isso, os crimes hediondos e equiparados, cometidos durante o período em que a Lei 8.072/90 proibia a progressão de regime, passaram a admitir a progressão com o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, nos termos da regra geral. Com o advento da Lei 11.464/2007, a fração para progressão de regime no caso de crimes hediondos e equiparados passou a ser de 2/5 (dois quintos), se o executado for primário, ou de 3/5 (três quintos), se reincidente, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Para os delitos hediondos e equiparados cometidos a partir de 28 de março de 2007, a progressão de regime deve ocorrer nos termos da nova redação do artigo 2, §2º da Lei 8.072/90, dada pela Lei 11.464/2007. Isto porque, ao instituir um regime

mais gravoso, a lei não pode retroagir, pois prevê lapsos temporais maiores que os da regra geral (um sexto). Essa conclusão foi pacificada na Súmula Vinculante 26, *in verbis*:

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

O STJ também, no âmbito da sua Corte, resolveu elaborar enunciado a respeito da progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consistente na Súmula 471:

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

Há, ainda, a possibilidade de progressão com o cumprimento de apenas 1/8 (um oitavo) do total da pena, no caso de executadas que estejam grávidas, desde que cumpridos alguns requisitos específicos. Foi uma novidade trazida pela Lei 13.769/2018, que alterou a Lei de Execuções Penais (LEP). Vejamos o que diz o seu artigo 112, mais especificamente em seus parágrafos terceiro e quarto:

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

V - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

A Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) alterou as regras para progressão de regime, dando nova redação ao artigo 112 da LEP. No que for mais gravoso, só vale para os crimes cometidos após o início da vigência, 23 de janeiro de 2020. Em alguns casos, como a substituição de 1/6 (o que equivale a 16,66...%) por 16% nos crimes

comuns, sem violência ou grave ameaça, a modificação é, ainda que de forma tênue, mais benéfica, aplicando-se imediatamente:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (...)

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

O artigo 2º, § 9º, da Lei 12.850/2013, introduzido pela Lei 13.964/2019, passou a vedar a progressão de regime para o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo. Referida inovação é suscetível de questionamento sobre sua

constitucionalidade, por impedir a individualização da pena. Por outro lado, se o sujeito continua integrando organização criminosa, o caso é de flagrância da prática de delito.

A redação dada pela Lei 13.964 de 2019 alterou o critério objetivo, significativamente aumentou o tempo para concessão da progressão de regime, fazendo com que o preso permaneça mais tempo encarcerado em um local reconhecido como sendo constante violador de direitos humanos, como já declarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.

Em linhas gerais, a Lei 13.964 de 2019 tende a aumentar o rigor da disciplina carcerária, aumentar o tempo para a progressão do regime fechado para o semiaberto e ampliar as hipóteses de isolamento de presos considerados perigosos. Como é de saber, tanto o Código Penal em seu art. 33, §2º, quanto a Lei de Execução Penal em seu art. 112, estabelecem que a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva. No caso de cometimento de crimes hediondos, a nova redação manteve a distinção de réu primário e réu reincidente, entretanto, aumentou consideravelmente o critério objetivo para a obtenção da progressão de regime caso ocorra o resultado morte. Sendo assim, em caso de réu primário ou reincidente sem resultado morte, os requisitos objetivo se mantiveram inalterados, ou seja, para réu primário, que era 2/5 (40%), continuou 40% da pena, já no caso de réu reincidente, o critério, antes, de 3/5 (60%), continuou 60% da pena (BRASIL, 2019a).

Contudo, em caso de réu primário cometer crime hediondo ou equiparado, resultando morte da vítima, o critério objetivo para a obtenção do benefício da progressão de regime, que não tinha previsão, pois era de 2/5 (40%), agora é de 50% de cumprimento de pena. Neste mesmo caso, se o réu for reincidente, o que também não tinha distinção, o critério era de 3/5 (60%), agora é de 70% do cumprimento da pena. Nestes casos, sendo o réu primário ou reincidente que pratica crime hediondo ou equiparado causando o resultado morte, com a nova redação, não terão direito ao livramento condicional (BRASIL, 2019a). Importante destacar que, com a revogação do §2º do art. 2º da Lei 8.072 de 1990, e com o acréscimo dos incisos VII e VIII ao art. 112 da LEP, fica claro que nos casos de reincidência em crimes hediondos ou equiparados, com resultado morte ou não, a reincidência deverá ser específica, ou seja, aplica-se somente aos condenados por crimes hediondos ou equiparados que já possuam condenação transitada em julgado por outro crime hediondo ou equiparado (MENDES; LUCCHESI, 2020).

Apesar disso, o pacote anticrime, como ficou conhecida a lei 13.964/2019, revogou expressamente o art. 2º, § 2º, Lei nº. 8.072/1990, que apenas exigia, mas sem tipificação expressa, o quantum de 2/5 ou 3/5 para os delitos indicados naquele artigo, quais fossem: prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, além dos crimes hediondos. Assim, ao revogar expressamente o artigo que equiparava o tráfico como delito hediondo para fins de progressão, é imperioso concluir que os apenados condenados pela prática de “tráfico de drogas” deverão progredir conforme os critérios objetivos dos delitos comuns, ou seja, após o cumprimento de 16%, 20%, 25% ou 30% da pena, pois não há previsão legal sobre delitos “equiparados a hediondo”.

No entanto, ainda que o pacote anticrime tenha aspectos positivos, como o juiz das garantias, é inegável o seu conteúdo inquisitório, enfatizando medidas penalizadoras e encarceradoras, como foi tratado na progressão de regime. Desse modo, nos questionamos ‘se o caminho de nossa política criminal deve ser o de prender pura e simplesmente’. É evidente que a prisão tem sido uma válvula de escape do Estado que não mais consegue trabalhar preventivamente para evitar os delitos. Valois (2017) assevera que “desde que a política de drogas se transformou em política de guerra às drogas, sendo a criminalização o fim do debate, pouco de política sobrou”.

8. Guerra às drogas e encarceramento dos corpos

Não podemos afirmar todos os efeitos da prisão na sociedade, mas sabemos que os efeitos persistem entre aqueles que passaram longos anos entre as grades da prisão. Bitencourt (2017), assevera que o ambiente prisional produz efeitos devastadores no funcionamento dos reguladores responsáveis pelo desenvolvimento da psique, uma vez que devido a falta de relações humanas, insuficiência ou ausência de trabalho, o tratamento frio e impessoal dos servidores da penitenciária, contribui para que a prisão seja um meio de isolamento crônico e odioso.

Atualmente se fala em reações carcerárias entre os presos provisórios caracterizadas por principalmente um quadro clínico chamado de “furor dos encarcerados” ou “reação explosiva à prisão”, ocorrendo logo que o preso entra no cárcere, se caracterizando por um quadro de agitação que pode prolongar-se durante horas, podendo ocorrer auto agressões, e o estado crepuscular de Ganser, que é uma

inconsciente simulação de uma enfermidade mental, que pode durar dias ou semanas, esta reação é também chamada de “síndrome da farsa”, enquanto entre os presos condenados a longas penas privativas de liberdade normalmente apresentam o chamado “complexo da prisão”, que se caracteriza por um quadro depressivo de indiferença, inibição, desinteresse, perda de memória ou incapacidade para usá-la, perda de apetite, bem como uma ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio, que é relativamente comum nesta população, bem como costumam apresentar um comportamento regressivo, adotando uma postura infantil. Portanto, os efeitos do cárcere, já conhecido, contradizem mais uma vez o efeito reabilitador da prisão.(BITENCOURT, 2017).

Descrevendo estas patologias pode-se imaginar que elas eram comuns tanto no regime celular quanto são muito comuns na prisão contemporânea. Assim, sabendo que a prisão produz efeitos negativos nas pessoas encarceradas, que até mesmo chegam a ser mais graves e dolorosos do que os conflitos qualificados como crimes, Bitencourt (2017), ressalta que é ilógico discutir a reabilitação do preso em um meio tão traumático como o cárcere, demonstrando em si mesma a sua falência.

Todavia, dos 1.424 estabelecimentos prisionais, que atualmente existem no país, quatro em cada dez têm menos de dez anos de existência e a maioria já se encontra superlotado (BORGES, 2018). Conforme o SISDEPEN, o déficit de vagas no último mês de 2021 era de 204.185 vagas. Atualmente somos a nação que tem sob nossa responsabilidade a terceira maior população carcerária de todo o globo terrestre (FERRUGEM, 2020).

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado no período de julho a dezembro de 2021, 724.788⁸ pessoas privadas de liberdade são custodiadas pelos estabelecimentos prisionais do país. Destas, 200.742 são homens e 17.513 são mulheres que estão presos(as) em decorrência da prática dos crimes

⁸ Ressalta-se que a plataforma do SISDEPEN apresenta três informações a respeito da população carcerária geral. Na aba de informações criminais na página “2- tipificações - total” consta que são 724.788 pessoas privadas de liberdade com a exclusão dos presos que estão sob a custódia das polícias judiciárias, batalhões de polícias e bombeiros militares; na aba “3- tipificações - tipo penal” consta um total de 678.973, com a mesma exclusão já mencionada; enquanto na aba de informações gerais na página “4 - população prisional por ano” consta que em 2021 o número total era de 679.577 pessoas encarceradas. Assim, como nesse momento a pretensão era elucidar o quantitativo de presos e presas pela Lei de Drogas, consideramos o quantitativo total apresentado pela página 2- tipificações - total”. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMzRINjZhZDAzMjM0NzE0LTlIMmUtYjY1NTAxMjQzNzVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNMNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThiMSJ9> Acesso em 05 de junho de 2022.

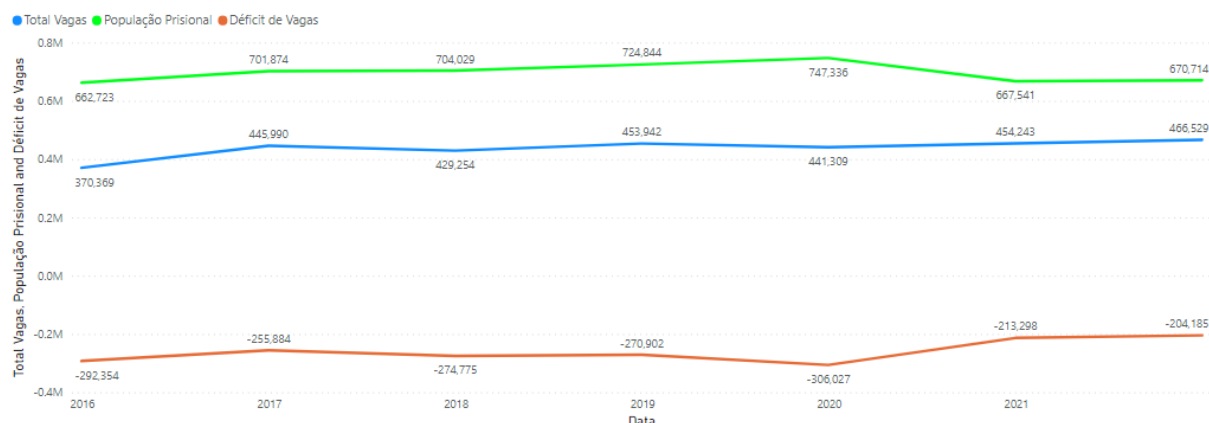
previstos nas Leis nº 6.368/76 e nº 11.343/06, que dispõe sobre as medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Ocorre que, esse é o subgrupo da população carcerária que mais cresce, desde 2002 (SOARES, 2019 apud FERRUGEM, 2020). Atualmente, a legislação contra os crimes vinculados às drogas é a segunda que mais encarcera no país, o primeiro subgrupo é formado pela população presa em decorrência da prática de crimes contra o patrimônio (SISDEPEN, 2021).

Realizando um comparativo entre o encarceramento por tipo penal, temos que a população presa por crimes contra o patrimônio é de 269.665 (ou 39,72%), por drogas é de 205.616 (ou 30,28%), e por crimes contra a pessoa é de 96.027 (ou 14,14%). Os dois primeiros subgrupos possuem um quantitativo aproximado e são a causa do encarceramento de 70% da população carcerária, isto é cinco vezes maior que o encarceramento por crimes contra a pessoa.

Assim, temos que sob o argumento do combate à criminalidade, se tem aprisionado - até mesmo nas mesmas celas e unidades prisionais - pessoas pelo comércio de drogas tidas como ilícitas, mas que são facilmente encontradas, com criminosos que cometeram crimes de violência. Valois (2017) afirma que o tráfico de drogas aumenta as desigualdades sociais, posto que encarcera pessoas pobres de forma aleatória, motivo pelo qual, tal prática de encarceramento em massa deve ser combatida por qualquer pensamento criminológico que se diga crítico.

Isto é, uma das principais causas da superlotação nas unidades prisionais, no Brasil, é a edição de leis criminalizadoras, como é o caso da Lei antidrogas, que determinou inúmeras prisões provisórias, o excessivo uso do regime fechado, mesmo com outras penas alternativas. (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Diante desse cenário, ainda com base nos dados disponibilizados pelo SISDEPEN (gráfico abaixo), percebemos que o quadro da superlotação nas unidades prisionais de cumprimento de pena privativa de liberdade se perdura por anos, à vista disso podemos afirmar que o mau funcionamento do sistema prisional possui natureza estrutural, sistêmica e crônica. Assim, “desconsiderar que a solução dada à questão das drogas tem sido a prisão imunda, insalubre e violenta é um grande absurdo” (VALOIS, 2017).



Déficit total de Vagas - Valores absolutos - Comparativo ano x ano⁹

Além disso, como enfatiza Elza Soares a carne mais barata do mercado é a carne negra¹⁰, pois ainda que insistamos em negar a realidade, são os corpos negros a maioria dos corpos aprisionados. Daniela Ferrugem (2020) destaca que é de extrema importância deixarmos de tratar a população carcerária como uma massa homogênea, diante do fato de que estas pessoas têm cor e classe social, e o encarceramento produzido pela repressão às drogas atinge ainda mais as mulheres. Ante o exposto, a autora ainda afirma que o proibicionismo das drogas sempre esteve pautado pelo racismo institucional, vez que as marcas escravocratas da constituição do país sempre foram uma constante da democracia brasileira, e esta, embora se metamorfoseando, guarda a essência racista e classista em seu bojo.

Para Flauzina (2006 apud FERRUGEM, 2020), os sistemas penais da periferia do capital, sobretudo na América Latina, atuam com excessiva violência, em que a “vocação para o extermínio   característica substantiva da atuação desses aparatos, sendo a morte o meio pelo qual se d  a própria movimentac  o de nossos sistemas penais”. A autora também defende “que o racismo é o fundamento que justifica a existência de sistemas penais de caráter genocida em nossa região”.

Sabe-se, portanto, além da diretriz da política criminal de encarceramento em massa, as taxas de violência e homicídio no Brasil oriundo da inglória guerra às drogas, são motivadas pelo diferenciamento dispensado às substâncias entorpecentes segmentadas por anestesiadoras dos estados de consciência (funcionais ao sistema, sobretudo por meio da ideia de governabilidade institucional),

⁹ Página “20 - Déficit/Superávit total por estados” do SISDEPEN 2021.

¹⁰ SOARES, Elza. A carne. Disponível em <https://www.lettras.mus.br/elza-soares/281242/>. Acesso em 05 de jun. 2022.

e as entorpecedoras dos estados de consciência (elementos problemático e criminógenos). Estas últimas constituem a base para a criminalização da juventude na atualidade, sobretudo a juventude vulnerável socialmente (LEAL, 2018).

Semer (2019) em seu estudo, realizado por meio da análise de sentenças pelo cometimento de tráfico de drogas, verificou o caráter relativamente frágil das imputações e as consequências desproporcionalmente severas, bem como a gravidade com que os juízes lidavam com as acusações de tráfico e a precariedade do instrumental probatório. Isto é, o delito responsável pela porta de entrada da macrocriminalidade, segundo o mencionado autor, em suma maioria é sustentado por apreensões de quantias relativamente modestas de droga, bem como há pouca apreensão de dinheiro, pouca co-autoria e a maiorias de réus primários, responsáveis pelas tarefas mais mezinhas, tais quais a guarda ou o transporte da droga.

Conforme asseveram Amanda Pimental e Betina Barros, no Anuário de Segurança Pública (2020), a população carcerária possui um perfil histórico, - semelhante aos das vítimas de homicídios -, de homens jovens, negros e com baixa escolaridade. Acerca dos números mais recentes apresentados para cada não-negro preso no Brasil em 2019, dois negros foram presos, isto é, os negros representaram 66,7% da população carcerária, enquanto a população não-negra, considerados brancos, amarelos e indígenas, segundo a classificação adotada pelo IBGE, representou 33,3%.

Desse modo, é certo dizer que no Brasil, está em curso um genocídio da população negra, posto que nos últimos 15 anos, foi registrado em nosso país um número maior desse crime do que em oito países sul-americanos somados. A cada 100 pessoas que sofrem homicídio no Brasil, 71 são negras. “Jovens e negros do sexo masculino continuam sendo assassinados todos os anos como se vivessem em situação de guerra” (IPEA, 2017 apud FERRUGEM, 2020). Isto é dizer que o Brasil tem números de guerra no que diz respeito às mortes, uma vez que os homicídios atingiram o maior patamar já registrado.

Leal (2018), ainda destaca que com o incremento do controle das juventudes, por meio da privação de liberdade, tem resultado em índices de mortalidade que qualifica quase um genocídio da população jovem e negra, como bem demonstrou o livro de Orlando Zaccone intitulado Indigno de vida (2015). Segundo Mbembe (2018), a necropolítica - em seu aspecto de morte - tem como alvo as camadas subalternizadas cujos sujeitos racializados são majoritariamente negros. Este também

é o perfil étnico-racial e sociodemográfico da população carcerária nas unidades prisionais brasileiras, predominantemente composta de jovens, negros, de baixa renda e baixa escolaridade. Registra-se que o quantitativo de presos de até 29 anos corresponde a 44% da população carcerária (INFOPEN, 2019).

Grada Kilomba (2019 *apud* FERRUGEM, 2020)) afirma que no racismo estão presentes, de modo simultâneo, três características. A primeira, é a construção de/da diferença, uma vez que é nítido que para a sociedade a branquitude é tida como referência; a segunda característica que a autora apresenta é de que “essas diferenças construídas estão inseparavelmente ligadas a valores hierárquicos”, posto que acompanham estigmas, rótulos e marcas negativas, tais quais os de perigoso e preguiçoso, norteando o preconceito e demarcando o poder atrelado às diferenciações; a terceira é uma junção dessas duas, ou seja, o racismo é formado por meio união do preconceito e do poder.

Diante disso, por mais que utilizem o termo “guerra às drogas”, a realidade demonstra o outro lado da história, já que na junção do racismo e o ódio de classe se determina as vítimas dessa guerra. É certo que o Estado elegeu as periferias para mirar seu arsenal bélico, e possui um inimigo definido racialmente, assim dizendo, temos que o sistema penal se justifica para o controle das pessoas negras e jovens periféricos.

Além disso, a funcionalidade das drogas como instrumento de governabilidade institucional, é evidenciada no encarceramento em massa, posto que são utilizadas como meio de manter as pessoas privadas de liberdade sob controle medicamentoso, diante da necessidade de manter controlada as instituições superlotadas. Ocorre que, segundo comprova o estudo de Leal (2018), a maior parte da população jovem encarcerada alega que o tabaco é o único vício, mas que na chegada ao cárcere é comum serem privados do uso dessa substância. Desse modo, a direção das unidades prisionais se utilizam de substâncias igualmente químicas (psicofármacos), consideradas tão ou mais fortes que as usadas antes do cárcere. Todavia, diversos presos alegaram que não sabiam dizer o que tomavam ou se sabiam da necessidade de tal ingestão, mas que era um meio de suportar a nova realidade vivida. Tal situação, o mencionado autor chama de camisa de força química, utilizada não só dentro do cárcere, mas também por um quantitativo crescente da sociedade em geral supostamente livre.

Valois (2017) chama atenção para o fato de médicos, químicos e pesquisadores do campo da saúde atestarem os males das drogas e defenderem a proibição, mas sem considerar o real significado do uso do direito penal. Além disso, o mencionado autor afirma que é contraditório prender as pessoas que vendem drogas em um local onde se vende drogas.

Diante da perseguição dos estereótipos dos usuários de drogas, é nítido que o incentivo para a criminalização das substâncias foi originado com fundamento em um viés político, ideológico e econômico, sem amparo em argumentos científicos prévios à proibição. Assim, como já defendido neste estudo, para um melhor entendimento da forma de estado em que se desenvolve o sistema punitivo e aplicação da pena, é necessário fazer uma análise levando em consideração o modelo socioeconômico. Nesse sentido, iremos apresentar momentos que marcaram a proibição das substâncias tidas como drogas.

Ocorre que, a política proibicionista que tornou ilegal o consumo, a produção e a circulação de algumas substâncias foi iniciada pelos Estados Unidos, em 1909. Tendo em vista que a maior parte dos consumidores de ópio eram os soldados americanos durante a campanha mundial deste país pela liberdade de mercado, foi criado, após a realização da comissão do ópio, em Xangai, um interesse pelo controle e proibição do ópio. Em seguida, em meio a conturbada relação entre México e os Estados Unidos, baseada em um conteúdo racista acerca e na visão preconceituosa de alguns povos e grupos, sem qualquer apoio científico, por meio da Tax Act, em 1937, os EUA passaram a proibir o consumo da maconha. Logo depois, visando resolver os problemas das regiões de operários do setor industrial americano foi criminalizado o uso da cocaína, e diante do uso da heroína pelos empregados porto-riquenhos nas lavouras de produção de algodão, essa substância também foi criminalizada. Além disso, apesar do uso milenar da folha de coca pela população andina, igualmente com o uso de argumentos políticos do moralismo burguês com a cultura latino-americana e dizeres pseudocientíficos, a folha de coca foi proibida (LEAL, 2018).

Ressalta-se que, com a criminalização de determinadas substâncias e com a criação das categorias narcotraficantes, ou mesmo da criação da conceituação de droga como substância ilícita e a consequente perseguição dos indivíduos envolvidos (consumidores, distribuidores e produtores), surgiu uma falaciosa publicidade no sistema penal visando a proteção dos indivíduos, bem como a inibição de condutas

negativas e ameaçadoras para o fornecimento de segurança. Segundo Maria Lucia Karam (2007 *apud* LEAL 2018), esse discurso encobre a realidade de que a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter disciplina ou um controle social que resultem funcionais para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem.

No entanto, apesar de estarem envolvidos no sistema de venda e consumo de substâncias ilícitas diversos indivíduos, apenas parte da população é destinada aos espaços de reclusão, que em geral são os que estão no mais baixo escalão da linha de produção.

Assim, falar de violência da juventude e das dinâmicas ilegais é falar da própria estrutura ideológica político-jurídica que criou essa dinâmica genocida, que tem nos jovens das classes baixas, geralmente negros seu público-alvo, erigido à categoria de inimigo.

8.1. Dos Crimes De Tráfico De Drogas

Atualmente o assunto droga é regulado pela Lei 11.343/06, que revogou expressamente as Leis nº 6368/76 e nº 10409/021. Quando comparada com a antiga lei de drogas (lei nº 6368/76), percebe-se que a lei nº 11343/06 conferiu um tratamento mais rigoroso ao traficante e mais brando ao usuário de drogas, bem como inovou ao abolir a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas (art. 28, caput, da Lei 11343/06).

Destaca-se que, nos dias de hoje entendemos que droga é definida com base na capacidade de uma substância ou produto causar dependência (que tem o princípio ativo) com a especificação em lei ou estar relacionada em lista atualizada periodicamente pelo Poder Executivo da União (art. 1º, parágrafo único, da lei nº 11343/06). Outros destaques da lei de drogas, são os seguintes: 1) previsão de crime específico para a cessão de pequena quantia de droga para consumo conjunto (art. 33, §3º, da Lei 11343/06); 2) criação da figura do tráfico privilegiado (art.33, §4º, da Lei 11343/06); 3) tipificação do delito de financiamento ao tráfico (art. 36 da Lei 11343/06); 4) regulamentação do novo rito processual.

A nova lei de drogas pode ser dividida em duas partes: a) assuntos de política criminal (art.1º/27 da Lei nº 11343/06); b) temas criminal e processual penal (art. 28 e seguintes da Lei 11343/06). O legislador ordinário também optou por substituir a expressão “entorpecente” da Lei 6368/76 por “droga” na nova lei.

Acontece que, como bem assevera Rosa del Omo (1979) a prática proibicionista das substâncias alteradoras do estado de consciência é fruto da modernidade, sobretudo, do século XX. Ressalta-se que a dita preocupação com a saúde pública e que as drogas são más em si mesmo, é utilizado com razão para cada vez mais intensificar a repressão contra as pessoas marginalizadas da sociedade, que perturba a ordem burguesa vigente. Assim, enquanto as drogas alteradoras do estado de consciência se tornam ilegais, enquanto drogas anestesiadoras do estado de consciência são mantidas como receitas sistêmicas de controle ministradas no mundo intra e extramuros, de modo que a guerra às drogas serve mais a manutenção do próprio sistema do que para a proteção dos indivíduos (LEAL, 2018).

Nesse sentido, a partir da dinâmica de monismo jurídico e monopólio do poder de dizer o direito, pautado pela defesa social, ao tempo em que o Estado encobre sua violência pela lei, cai em contradição, já que é destinado, conforme o entendimento criado na modernidade, ao controle e superação da violência (BARATTA, 2002 apud BATISTA, 2011).

Além disso, como se vê, a Lei nº 11343/06 contém normas penais em branco heterogêneas (em sentido estrito ou heterólogas), porquanto o complemento da definição criminosa (preceito primário da norma penal incriminadora) advém de um ato normativo confeccionado pelo Poder Executivo Federal (Portaria de nº 344/98 da ANVISA). Reparem que o complemento da norma penal em branco heterogênea é realizado por fonte diversa daquela que a editou (Congresso Nacional). Desse modo, para diferenciar o usuário do traficante, esta lei optou pelo sistema da quantificação judicial, ou seja, cabe ao magistrado decidir se a droga encontrada com o agente caracteriza o porte de drogas ou o tráfico de drogas. Para tanto, o art. 28, §2º, da Lei 11343/06 estabelece alguns critérios para auxiliar o magistrado, in verbis:

Art. 28, §2º, da Lei 11343/06: Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente.

Assim, na dúvida acerca da real intenção do agente (porte de droga ou tráfico de drogas), o magistrado deve optar por condenar o agente pelo crime menos grave (porte de drogas), em razão da máxima *in dubio pro reo*. E, cabe à acusação provar que a droga apreendida era destinada ao tráfico, e não ao usuário provar que a droga encontrada consigo seria utilizada para consumo próprio. Aliás, essa é a posição do STF:

SENTENÇA – ENVERGADURA. Ante o fato de o Juízo ter contato direto com as partes envolvidas no processo-crime, o pronunciamento decisório há de merecer atenção maior. PROCESSO-CRIME – PROVA. Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. (HC 107448, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013)

Entretanto, devido a discricionariedade do enquadramento de usuário e do traficante de drogas, Semer (2019) afirma que não se tem um quantitativo razoável de investigações aprofundadas por meio de provas técnicas, uma vez que há uma imprecisa diferenciação entre os dois tipos, bem como há ausência de critérios razoáveis definidos pela jurisprudência. Além disso, o caráter hediondo potencializa a resposta penal.

Ressalta-se que, se uma substância for excluída do rol de drogas da Portaria de nº 344/98, haverá a retroatividade da regra complementar mais benéfica ao agente, de forma que o fato se tornará atípico (*abolitio criminis*).

Nota-se que o art. 2º da Lei de Drogas impõe uma proibição, em todo o território nacional, do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, preconizando, entretanto, duas exceções: a) plantas de uso estritamente ritualístico-religioso, nos moldes definidos na Convenção de Viena; b) quando existir autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos. No tocante às plantas de uso estritamente ritualístico-religioso, vale a pena ressaltar o conteúdo do art. 32, item 4, da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre substâncias psicotrópicas de 1971:

O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente

caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional (Decreto nº 79338, de 14 de março de 1977).

Observe que o art. 2º, caput, da Lei 11343/06 não autoriza, por si só, o cultivo de plantio de uso ritualístico. Em outras palavras, o plantio dessas plantas necessita de autorização legal ou regulamentar, consoante art. 31 da Lei 11343/063. De modo que, compete à União Federal, através da ANVISA, autorizar não só o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais para fins medicinais e científicos, bem como realizar a sua fiscalização. Pois, caso seja constatado desvio de finalidade, a ANVISA deverá cassar tal autorização e tomar as medidas necessárias para encaminhar os fatos ao Ministério Público, com a consequente responsabilização do agente na esfera penal.

O cultivo para uso pessoal (art. 28, §1º, da Lei nº 11343/06) foi equiparado ao delito de porte de droga (art. 28, caput, da Lei nº 11343/06), ou seja, recebeu o mesmo tratamento penal. Vejamos: art. 28, §1º, da Lei nº 11343/06:

Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Em resumo, nota-se a existência de dois elementos que diferenciam o art. 28, §1º do art. 33, §1, II, ambos da Lei de Drogas: a) no tipo penal do art. 28, §1º, da Lei de Drogas, o agente deve visar o consumo pessoal; b) as plantas empregadas devem ser destinadas à preparação de pequena quantidade de droga. Desse modo, caso o indivíduo cultive uma média ou grande quantidade de droga, superior ao necessário para o consumo pessoal, responderá pelo crime do art. 33, § 1º, inciso II, da Lei de Drogas (tráfico por equiparação). Nesse sentido, a Constituição Federal dispõe que:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

O crime de tráfico de drogas, previsto no caput do art. 33 da Lei de Drogas, tem como objeto material a droga, isto é, a substância entorpecente ou que determine

dependência física ou psíquica; o bem jurídico protegido é a saúde pública; é um crime de perigo abstrato, ou seja, basta a prática descrita no tipo penal para a sua consumação, não se exigindo a demonstração de perigo no caso concreto; o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, todavia, em relação ao verbo prescrever, o delito é próprio, pois só podem cometer o crime o médico ou o dentista; o sujeito passivo é a coletividade (destituído de personalidade jurídica); é possível a tentativa; é um crime de ação múltipla que pode ser praticado por 18 condutas; o elemento subjetivo é o dolo (genérico) de exercer o tráfico ilícito de drogas, com ciência da natureza da substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica; a consumação acontece quando a conduta típica é realizada (MASSON, 2022).

Ressalta-se que, de modo diverso do tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas que possui o dolo específico consagrado nos termos “para consumo pessoal”, o crime de tráfico de drogas não contém o especial fim de agir, e se o agente pratica o delito de tráfico de drogas prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de função de educação, poder familiar, guarda ou vigilância, a pena será aumentada de um sexto a dois terços (art. 40, II, da Lei nº 11343/06).

Além disso, o tipo em comento possui algumas condutas típicas caracterizadoras de crimes instantâneos (que se consuma num determinado momento, não existindo continuidade no tempo), por exemplo: vender, adquirir e oferecer, e outras de crimes permanentes (que a consumação se prolonga no tempo por vontade do agente), tais como: trazer consigo, guardar, transportar, expor à venda, ter em depósito. A distinção dessa classificação é importantíssima, em virtude das consequências jurídicas aplicáveis aos delitos permanentes. Nas infrações penais permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (art. 303 do CPP). Assim, segundo o art. 5º, XI, da Constituição Federal, é possível ingressar na residência de alguém, sem ordem judicial, em caso de flagrante delito durante o dia e a noite.

Em relação a pena, é cominada pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Nota-se que a nova lei de drogas aumentou a pena do traficante quando comparamos com a legislação antecedente (Lei nº 6368/76), que previa pena de reclusão de 3 (três) a 15(quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Dessa forma, com base no art. 5º, XL, da Constituição Federal, é inadmissível a sua eficácia retroativa. Estabelece o art. 42 da Lei de Drogas que, no momento da

fixação da pena, haverá preponderância sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a natureza e quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social. Com isso, resta dizer que a reprovabilidade da conduta do agente é majorada à medida do grau de potencialidade da droga para gerar a dependência (física e/ou psíquica), levando-se também em conta a quantidade de substância entorpecente apreendida. Vejamos um julgado do STJ em que a pena-base foi aumentada em razão das circunstâncias judiciais tidas como preponderantes pelo art. 42 da Lei de Drogas.

De acordo com o art. 43 da Lei de Drogas, na fixação da pena de multa, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 da Lei nº 11343/06, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos (1/30) nem superior a 5 vezes o maior salário mínimo. Contudo, se o juiz considerar o valor do dia-multa ineficaz em razão da condição econômica do acusado, ele poderá aumentar até o décuplo. No caso de concurso de crimes, a multa será aplicada cumulativamente, isto é, ainda que diante de concurso formal ou crime continuado, as penas de multa serão somadas.

Outrossim, a Lei de drogas também dispõe sobre os crimes de tráfico de matéria-prima, insumos ou produtos químicos destinados à preparação de drogas; cultivo de plantas para o tráfico de drogas; utilização de local para fins de tráfico; venda ou entrega de droga ou material destinado à produção de drogas; induzimento, instigação ou auxílio ao uso de droga; cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado; tráfico de maquinário para fabricação de drogas; associação para fins de tráfico; financiamento ou custeio ao tráfico de drogas; informante colaborador, prescrição ou ministração culposa de drogas; condução de embarcação ou aeronave sob a influência de drogas.

Sabe-se que uma das maiores inovações da Lei nº 11343/06 foi, sem dúvida, a extinção da pena privativa de liberdade para o crime de porte para consumo próprio. Estamos diante de um crime de ínfimo potencial ofensivo, ou seja, além de ser um crime de menor potencial ofensivo (art. 69 da Lei 9099/9510), cuida-se também de um delito em que não é cominada pena privativa de liberdade.

Desse modo, o agente que pratica o delito de porte de entorpecente (art. 28, caput, da Lei de Drogas) ou o cultivo para consumo próprio (art. 28, §1º, da Lei de Drogas) estará sujeito às seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a

programa ou curso educativo. O magistrado no momento de escolher a(s) pena(s) levará em conta o princípio da individualização da pena, da necessidade e suficiência, bem como o tipo de droga, o grau de envolvimento do agente com a substância entorpecente, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Vale ainda destacar que tais penas somente podem ser aplicadas em sentença, depois de produzida toda a instrução probatória.

Ressalta-se que a prestação de serviços à comunidade terá o prazo máximo de 5 meses, porém em caso de reincidência poderá ter o prazo máximo de 10 meses (art. 28, §§ 3º e 4º, da Lei 11343/0612). Tal pena restritiva de direitos apresenta 2 características que a distinguem das demais penas restritivas descritas no Código Penal (art. 43), quais sejam, a não substitutividade (A pena de prestação de serviços à comunidade do porte de entorpecente já vem prevista diretamente no preceito secundário do tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas. Não há sequer previsão legal de pena privativa de liberdade para esse delito) e não conversibilidade (O descumprimento injustificado da prestação de serviços à comunidade não pode resultar na conversão em pena privativa de liberdade). De acordo com o art. 28, §6º, da Lei de Drogas, em caso de descumprimento injustificado dessa pena, o magistrado poderá se valer da admoestação verbal e multa.

Entende-se que o delito de porte de drogas (art. 28, caput, da Lei 11343/06) é um exemplo de despenalização, pois manteve o caráter de infração penal, porém com penas mais brandas e diversas da pena privativa de liberdade (advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo). Entretanto, ainda há entendimento divergente, de modo que há duas correntes doutrinárias.

Para a primeira corrente, o porte de drogas para consumo próprio não é uma infração penal, porquanto a lei nº 11343/06 deixou de cominar pena privativa de liberdade para esse fato. Essa tese é baseada no fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal anunciar que só é crime aquilo a que a lei comine pena privativa de liberdade (Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente).

enquanto para segunda corrente o porte de drogas para consumo próprio continua sendo infração penal, 3 (três) argumentos reforçam essa questão: a) o art.

28 está inserido no capítulo III (Dos crimes e das penas) da Lei 11343/06, ou seja, a própria lei etiquetou tal conduta como criminosa. Além do mais, o status de crime é reforçado pelo próprio art. 30 da Lei 11343/064 que prevê prazo específico de 2 anos de prescrição penal para o porte de drogas, determinando ainda a aplicação das regras do art. 107 do Código Penal; b) O legislador estabeleceu ao final do art. 28, caput, da Lei 11343 que o agente estará submetido às penas, deixando claro que a consequência jurídica pela prática do fato é uma sanção penal; c) Há várias infrações penais que o legislador não comina pena privativa de liberdade. Exemplos: arts. 303, 304 e 306 do Código Eleitoral (Lei nº 4737/65).

Todavia, a despenalização desse tipo penal não resolveu a problemática do elevado encarceramento proporcionado pela lei de drogas, uma vez que não raras vezes o usuário é identificado como traficante. Essa discricionariedade, se constitui quase como um cheque em branco para a atuação seletiva do sistema penal, a depender de quem e o que ele representa para a sociedade burguesa, conforme assevera Leal (2018).

O delito de porte de entorpecente, crime de perigo abstrato, ainda aguarda definição pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos do recurso extraordinário de nº 635659 interposto pela Defensoria Pública. Sobre o tema há 2 posições. Para a primeira corrente o porte de droga para uso próprio seria inconstitucional, uma vez que o Poder Estatal não pode violar a intimidade e a vida privada de alguém (art. 5º, X, da CF) para interferir em fato que atinge tão somente à saúde do agente. Desse modo, não existiria ofensa ao princípio da ofensividade (lesividade), pois não se vislumbraria a ocorrência de crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado. Essa é a posição da Defensoria Pública nos autos do recurso extraordinário descrito acima e reflete a posição doutrinária minoritária (Luiz Flávio Gomes e Maria Lúcia Karam)

Todavia, para a segunda corrente, o porte de drogas para consumo pessoal é constitucional. Ainda que o agente traga a droga consigo para uso pessoal, é de se lembrar que o porte de droga acarreta perigo para todo o meio social e não apenas para aqueles que usam a droga, representando um risco à saúde pública. Além disso, outros bens jurídicos diversos da saúde pública são indiretamente lesionados com o porte de droga, porquanto é comum o usuário-dependente praticar outros delitos para sustentar seu vício. Leciona o professor Renato Brasileiro (2018) que a tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor

alternativa ou a medidas mais eficaz para a proteção de bens jurídicos-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc.

O art. 26 da Lei nº 11343/06 reforça a garantia de atenção à saúde do usuário e do dependente de drogas. Quando o texto legal se refere ao usuário de drogas, leia-se usuário de drogas que vier a praticar qualquer outra infração penal, porquanto o art. 28 da Lei 11343/06 não prevê pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, ainda que em caso de reincidência.

Outrossim, segundo recente entendimento firmado pelas 2 Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. Vejamos um julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu

Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

5. Recurso improvido. (STJ, REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não se aplica o princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida, em virtude de o crime de porte de entorpecente ser de perigo abstrato e, além disso, a pequena quantidade da droga ser característica própria do tipo penal de porte de drogas para consumo pessoal. Já no Supremo Tribunal Federal o assunto ainda é dividido, nota-se uma sinalização de alteração de entendimento, sobretudo da 1ª Turma, que já colaciona alguns precedentes no sentido de adotar o primado da insignificância ante a ínfima quantidade de drogas apreendida com o agente usuário.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça asseverou que o delito de associação para o tráfico não é um crime equiparado a hediondo. Eis o acórdão:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. **ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO.** BENEFÍCIOS. REQUISITO OBJETIVO. **PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL.** LAPROS TEMPORAIS DISTINTOS. CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) NO CASO DE PROGRESSÃO E DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA O LIVRAMENTO, VEDADA A SUA CONCESSÃO AO REINCENTE ESPECÍFICO. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que **o crime de associação para o tráfico de entorpecentes** (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) **não figura no rol de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.**

2. Não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão do benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime prisional, **sujeitando-se ele apenas ao lapso de 1/6 para preenchimento do requisito objetivo.**

3. No entanto, a despeito de não ser considerado hediondo o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento

condicional, deve-se, **em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006**, ou seja, **exigir o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico**.

4. Ordem parcialmente concedida para afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico e determinar que o Juízo da execução, no que se refere a tal delito, proceda a novo cálculo da pena, considerando, para fins de progressão de regime e de livramento condicional, respectivamente, as frações de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços).

(HC 429.672/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

No que se refere ao tráfico privilegiado, isto é, quando o agente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e não integra organização criminosa, o Pleno do STF entendeu que esse delito não deve ser equiparado a hediondo nos autos do HC de nº 118553, deliberado em 23 de junho de 2016. Tal decisão do STF acarretou no cancelamento da súmula 512 do STJ que entendia o tráfico privilegiado com natureza equiparada a hediondo. No mesmo sentido, vale destacar o teor do art. 112, §5º, da LEP, com redação pela Lei nº 13.964/19, que assevera o tráfico privilegiado de drogas (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06) como crime não hediondo para os fins de progressão de regime.

8.2. Retroatividade Da Lei Nº 13.964/19

Diante dos rigores da lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06) é considerado equiparado a hediondo. Todavia, em razão do princípio da especialidade, as regras descritas na Lei dos Crimes Hediondos somente serão aplicadas naquilo em que não conflitem com a Lei de Drogas.

Antes da edição da lei 11.464/07, o art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/90 determinava que o regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos e equiparados seria o integralmente fechado, ou seja, não admitia a progressão de regime.

Inicialmente, o STF chancelou a constitucionalidade desse dispositivo legal e editou a súmula 69841 para reforçar essa questão. Todavia, ao apreciar o HC 82.959 em 23/02/2006, o STF decidiu que o regime integral fechado delineado no art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/90 violava os seguintes princípios constitucionais: dignidade da pessoa

humana, individualização da pena, isonomia e proporcionalidade. Por consequência, a progressão de regime passou a ser possível nos mesmos moldes dos crimes comuns, isto é, após o cumprimento de 1/6 da pena.

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(HC 82959, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

Com o advento da Lei 11464/07, o art. 2º, §1º, da Lei 8072/90 ganhou nova redação: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. Logo, a progressão de regime passou a ser admitida também no texto legal, com a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Ocorre que, posteriormente, ao julgar o HC de nº 111840 em 27/06/2012, o Supremo Tribunal Federal também declarou como inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado do art. 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos para penas não superiores a 8 anos, por malferir o princípio da individualização da pena. Logo, o regime inicial fechado para os crimes hediondos, tráfico de drogas, terrorismo ou tortura somente ocorrerá se o condenado for reincidente ou se as circunstâncias do caso concreto recomendarem o regime mais gravoso, mediante fundamentada decisão judicial. Em outras palavras, o regime inicial para esses crimes acima pode ser o semiaberto e o aberto. Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o magistrado deve observar os entendimentos consagrados nas súmulas 718 e 719 do STF.

Súmula 718 do STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Em resumo, os Tribunais Superiores autorizam a fixação de regime inicial semiaberto e aberto aos condenados por crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, terrorismo e tortura), desde que preenchidos os requisitos legais (art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal)

HABEAS CORPUS CONTRA INDEFERIMENTO MONOCRÁTICO DE PEDIDO DE LIMINAR. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, COM BASE NO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE APTA A MITIGAR A APLICAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO. 1. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por relator que indefere o pedido de liminar em habeas corpus requerido a tribunal superior, sob pena de indevida supressão de instância (Súmula 691/STF), ressalvada a hipótese de manifesta ilegalidade. 2. A imposição ao condenado de regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal deve ser adequadamente fundamentada. Esse entendimento se amolda à jurisprudência cristalizada na Súmula 719 (A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea). 3. O art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, que prevê a obrigatoriedade do regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena em razão da prática de crimes hediondos e equiparados, foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 17/12/2013. 4. Aplicada a pena no mínimo legal (5 anos de reclusão) e não sendo excessiva a quantidade de entorpecente apreendida (1,3 g de maconha), a fixação do regime prisional fechado em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, apenas porque equiparado a crime hediondo, caracteriza constrangimento ilegal. 5. Habeas corpus concedido de ofício para estabelecer o regime inicial semiaberto. (HC 138621, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/12/2017).

Apesar de tanto o Código Penal em seu art. 33, §2º, quanto a Lei de Execução Penal em seu art. 112, estabelecerem que a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva, a Lei nº 13.964 de 2019 tende a aumentar o encarceramento em massa, posto que, foi promulgada sem estudo prévio, como por exemplo o impacto no custo social de se manter milhares de pessoas presas (SAMPAIO, 2019). Esta lei, desrespeitando direitos e garantias fundamentais, aumentou o tempo para a progressão do regime fechado para o semiaberto e ampliou as hipóteses de isolamento de presos considerados perigosos.

Atualmente, conforme os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dois anos, o total de presos no País aumentou o equivalente a um município de 61 mil habitantes. Em abril de 2020, eram 858.195 pessoas privadas de liberdade contra 919.651 em 13 de maio deste ano, um salto de 7,6%¹¹.

Acerca da progressão de regime dos crimes hediondos e equiparados, a previsão legal se dava por meio do art. 2º, §2º, da Lei nº 8072/90, que foi expressamente revogado pelo art. 19 da Lei 13.964/19 (pacote anticrime). Vejamos a redação do revogado art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90:

A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) (redação dada pela Lei 13.769/18).

Vale mencionar que, os crimes cometidos antes da vigência do pacote anticrime segue a regra do revogado art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90, ante a impossibilidade de retroagir norma penal mais gravosa (art. 4º, XL, da CF).

Além disso, em razão do princípio da legalidade, da taxatividade (e derivado da vedação de analogia *in malam partem*) e vedação da interpretação favor rei, o STJ e o STF já decidiram que as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 sobre a progressão de regime resultaram em uma lacuna impossível de ser preenchida pelo Poder Judiciário, diante da diferenciação entre reincidência genérica e específica (sem previsão de % diferenciada ao reincidente genérico) (ROEHRIG; ALMEIDA, 2022). Isto é, em relação às pessoas em situação de prisão que foram condenadas por crime hediondo, mas que são reincidentes em razão da prática anterior de crimes comuns não há previsão específica na Lei de Execuções Penais, em sua nova redação, para fins de progressão de regime, visto que os percentuais de 60% e 70% se destinam apenas à hipótese de reincidência específica.

Esta foi, inclusive, a posição assumida pelo doutrinador Rogério Sanches (2020) que, ao tratar da aplicação do percentual de reincidência em crimes com violência ou grave ameaça, utilizou da mesma ratio ao destacar que:

¹¹ Disponível em <https://revistacenarium.com.br/sistema-carcerario-no-brasil-tem-quase-1-milhao-de-presos-mostra-pesquisa/>. Acesso em 05 de jun. 2022.

O dispositivo faz referência à reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça. Mas e se o reeducando for reincidente, mas não específico, ou seja, somente um dos crimes, passado e presente tiver sido cometido com violência ou grave ameaça? Lendo e relendo o artigo em comento, concluímos que estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do in dubio pro reo.

Além disso, de acordo com a antiga redação do artigo 112, a exigência de lapso correspondente a $\frac{3}{5}$ da pena para progressão de regime somente se aplica ao reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado. Aliás, essa é a vontade da lei, uma vez que houve revogação expressa do artigo 2º, §2º da Lei de Crimes Hediondos, que previa prazo mais rigoroso ao reincidente simples ($\frac{2}{5}$ para primários e $\frac{3}{5}$ para reincidentes). Eis as redações anteriores, hoje revogadas:

Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007: § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de $\frac{2}{5}$ (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de $\frac{3}{5}$ (três quintos), se reincidente (Norma que inclusive foi considerada, à época, mais gravosa, não se aplicando retroativamente, como ficou sedimentado pela Súmula 471 do STJ: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”. (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 28/02/2011).

Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018: § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de $\frac{2}{5}$ (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de $\frac{3}{5}$ (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Nesse sentido, percebe-se que houve uma intenção manifesta do legislador de não mais regular na Lei dos Crimes Hediondos as frações para progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Desta antiga redação é que se buscava o fundamento de validade para equiparar o percentual de progressão de regime aplicado aos crimes hediondos ao crime de tráfico de drogas. O referido percentual restou revogado pela Lei 13.964/2019, que unificou o rol de critérios de progressão de regime no art. 112 da Lei n.7.210/ 1984 (Lei de Execução Penal), o qual também traz patamares superiores para os delitos hediondos ou “equiparados”. Contudo, o referido dispositivo legal continua sem especificar quais seriam os delitos equiparados aos hediondos, *in verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

É certo que a Constituição Federal (artigo 5º) não dispõe quais crimes são considerados hediondos, limitando-se a expôr que o tráfico de drogas é crime inafiançável, insuscetível de graça e anistia:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Assim, a previsão do rol de crimes hediondos é previsto em lei específica, mas a Lei nº 8.072/90, tanto em sua redação originária, quanto após a reforma operada

pela Lei Anticrime - na qual o legislador expressamente incluiu novos delitos como hediondos - não abrangeu o tráfico de drogas -. Até mesmo o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.072/90, onde constam crimes que “consideram-se também hediondos”, não está previsto o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. De tal modo que, José Flávio Ferrari Roehrig e Caio César Domingues de Almeida (2022) entendem que a Lei nº 13.964/2019 não afastou a hediondez por equiparação do crime de tráfico de drogas, posto que tal equiparação nunca existiu. Para os mencionados autores:

Tratar o crime de tráfico de drogas como equiparado a hediondo tornou-se um vício de linguagem tão incrustado no pensamento dos operadores do Direito e legisladores, que a nova lei deu regramento diferenciado aos crimes equiparados a hediondo, mas sem se referir propriamente quais são eles. (...) O vício de linguagem veio facilitar o tratamento dos crimes previstos no mandamento de criminalização constitucional do artigo 5º, XLIII da CF/88, em conflito com o próprio mandamento.

Nesse viés, o constituinte (art. 5º, XLIII, CF/88) e o legislador (art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/1990), ao colocarem os delitos de “tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo” ao lado dos delitos hediondos, por exclusão lógica, definiu que esses três delitos não são hediondos (SILVEIRA; TAKAYASSU, 2021). Sobre o crime de tortura, o artigo 1º, §6º da Lei 9.455/1997 estabeleceu: “O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”, ou seja, também não equiparou aos delitos hediondos. Todavia, acerca dos crimes de terrorismo, o legislador deu um tratamento diferente ao expressar que “aplicam-se as disposições da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei”, ou seja, aos crimes de terrorismo aplica-se as disposições da Lei dos Crimes Hediondos, equiparou o terrorismo a hediondo (ROEHRIG; ALMEIDA, 2022).

Desse modo, o parâmetro da legalidade não apenas exclui as penas ilegais (função de garantia), mas também constitui a pena legal (função constitutiva).

O princípio da legalidade, além de previsto na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, é ainda mencionado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11), nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regra 37), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 9º), no Conjunto de Princípios da ONU para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (Princípio 2). Assim, a legalidade não abrange tão somente a criação de crimes e a cominação de penas, mas também, e

especialmente, rege seu cumprimento, ou seja, durante a execução penal toda a regulamentação do modo de execução das penas deve estar prevista em lei.

Em razão do princípio da legalidade, da taxatividade (proibição de analogia *in malam partem*), vedação da interpretação *favor rei* e da interpretação *pro homine*, para que determinado crime seja considerado hediondo ou equiparado a hediondo, deverá existir texto legal que expressamente indique tal natureza.

Desse modo, é certo dizer que o princípio da legalidade possui um caráter jurídico e político, primeiro por que deve haver lei formal e anterior para que um fato seja considerado crime, e segundo por representar uma conquista para a sociedade e uma garantia para o povo de que o poder será exercido segundo sua vontade, que, na democracia representativa, se expressa justamente na aprovação de uma lei. Assim, conforme o sentido formal desse princípio, não basta que haja lei, é necessário que seja uma lei vigente, bem como que pelo sentido material, é necessário que seja uma lei válida.

Vê-se que em canto algum do extenso arcabouço normativo pátrio existe a conceituação ou taxatividade do que viria a ser considerado como um crime equiparável a hediondo. Era a partir do tratamento mais gravoso previsto no artigo 2º, §2º da Lei de Crimes Hediondos, é que era possível concluir que o tráfico de entorpecentes, até então, tinha tratamento equiparável aos crimes hediondos, ao menos no que toca os requisitos para progressão de regime.

Por esse mesmo raciocínio (ausência de equiparação normativa), também não há vedação ao livramento condicional a esse delito com resultado morte, conforme previsão nos incisos VI, alínea “a” e VIII do art. 112 da LEP, embora seja incomum tal hipótese no delito de tráfico.

Por conseguinte, a Lei 13.964/2019 representou, nesse sentido, uma lei penal nova benéfica - na medida em que permite a progressão de pena como delito comum aos apenados por tráfico de drogas – devendo retroagir para alcançar situação passadas, mediante requerimento ao Juízo da Execução Penal (S. 611 do STF e art. 66, I, LEP:

Súmula 611: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.

Art. 66 da LEP. Compete ao Juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

Vale lembrar que a já mencionada tese n. 28 do STJ do “Jurisprudência em Teses – ed. 131 de 23/08/2019”, que, ao afastar a equiparação de hediondez do delito de associação para o tráfico, utilizou-se do critério legal, donde se depreende que não há rol constitucional de delitos equiparados a hediondos, mas apenas aqueles, expressa e taxativamente, eleitos pelo legislador infraconstitucional.

Nesse sentido, José Flávio Ferrari Roehrig ao longo deste ano tem colecionado decisões favoráveis à interpretação em questão, e divulgado por meio da sua página “puxando pena” na rede social instagram. Assim, devido a esse valioso mapeamento, as decisões favoráveis encontradas até então são as seguintes:

Analisando atentamente, tenho que merece prosperar o afastamento da equiparação de hediondez do artigo 33 da Lei de Drogas. (...) Da mesma forma, pelo esvaziamento da “equiparação” à hediondez, não remanesce fundamento legal para o artigo 33 da Lei de Drogas gerar reincidência específica em delito hediondo. Nesse passo, considerando que se trata de apenado primário, há que ser retificado o RSPE para 1/6 (crimes cometidos antes de 23/01/2020) para fins de progressão de regime no proc. 0210168-64.2013.8.21.0001. **(1º JUÍZADO DA 1ª VEC DE PORTO ALEGRE/RS - PPL - MEIO FECHADO, SEMIABERTO E ABERTO. RSPE. Autos nº 0052262-35.2018.8.21.0001. Data da Decisão: 01/11/2021)**

Diante do exposto, **DEFIRO** o pedido de retificação de previsão de benefícios formulado no Seq. 75.1, para que conste como fração necessária para o requisito objetivo da progressão de regime o montante de 16% (dezesesseis por cento) **(2ª VARA DA COMARCA DE MARAVILHA/SC. Retificação Das Frações De Progressão De Regime. Autos nº. 0000600-51.2019.8.24.002, Data da Decisão: 01/02/2022).**

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido formulado pela defesa de forma a afastar o caráter de equiparado a hediondo ao crime de tráfico de entorpecentes a que fora condenado o apenado supracitado. **Imperioso concluir que o apenado condenado pela prática de “tráfico de drogas” deverá progredir conforme os critérios objetivos dos delitos comuns**, ou seja, após o cumprimento de 16%, 20%, 25% ou 30% (salvo se cometido antes de 23/01/2020) da pena, **pois ausente previsão legal sobre delitos “equiparados a hediondo”**. (TJPA - COMARCA DE SANTARÉM. VARA DE EXECUÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE SANTARÉM. Retificação Das Frações De Progressão De Regime. Autos no. 2000031-31.2021.8.14.0051, Data da Decisão 04/02/2022).

Com a revogação do art. o parágrafo 2º do artigo 2º da lei 8.072/90 fica ausente qualquer previsão legal para que o crime previsto no art. 33 tenha frações mais ríspidas, *tendo em vista ausência de previsão legal de equiparação do mesmo como hediondo, devendo o sentenciado ser submetido a fração de 1/6 em relação a progressão de regime*. Isto posto, **DEFIRO** o pedido de retificação das frações de progressão de regime, devendo ser lançada a fração de 1/6 para

progressão de regime em relação a guia no 0041443-46.2020.8.13.0145 (TJMG - **JUIZ DE FORA - EXECUCAO PENAL - MEIO FECHADO E SEMIABERTO**. Retificação Das Frações De Progressão De Regime. Autos no. 0006059-34.2015.8.13.0521, Data de julgamento: 09/02/2022).

Ante ao exposto e, repisa-se, inexistindo norma legal expressa que equipara o tráfico de drogas aos delitos hediondos para fim de progressão de regime, DEFIRO o pleito defensivo a fim de aplicar ao aludido delito a previsão do art. 112, I da LEP. (**TJPR - COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE LONDRINA - FORO CENTRAL DE LONDRINA**. Retificação Das Frações De Progressão De Regime. Autos nº. 0003779-10.2016.8.16.0089, Data da Decisão: 27/01/2022)

Diante do exposto, **DEFIRO o pedido para afastar a hediondez por equiparação do delito de tráfico de drogas na modalidade do caput**. Por se tratar de crime comum (**com tratamento diferenciado em relação à fiança, graça, anistia e indulto**) cometido sem violência ou grave ameaça, obedece-se às frações de 16% se primário e 20 % se reincidente específico na prática de crime de tal natureza (**TJPR - COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE LONDRINA - FORO REGIONAL DE ROLÂNDIA. VARA CRIMINAL**. Retificação Das Frações De Progressão De Regime. Autos nº. 0001461-66.2019.8.16.0148, Data da decisão: 24/03/2022).

Ante toda a fundamentação exposta, considerando a inexistência de norma legal que estabeleça quais crimes são equiparados a hediondos e por não estar o tráfico hediondo previsto no art. 1º, da Lei nº 8.072/90, DEFIRO o pedido da Defesa e **determino a alteração da fração/percentual para progressão de regime, passando a contar o percentual de 16% em relação ao crime de tráfico de drogas**, referente a condenação dos autos nº 0004961-88.2018.8.16.0112 (**TJPR - COMARCA DE CASCAVEL. VARA DE EXECUÇÕES PENAS E CORREGEDORIA DOS PRESÍDIOS**. Progressão de Regime. Autos nº. 0002740-98.2019.8.16.0112, Data da Decisão 28/03/2022).

Ante o exposto, DEFIRO o pedido formulado pela defesa para **afastar o caráter de equiparado a hediondo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes** a que fora condenado(a) o(a) apenado(a) acima citado(a). Diante do afastamento da hediondez não remanesce fundamento legal para o art. 33 da Lei de Drogas gerar reincidência específica em delito hediondo. (TJES -COMARCA DE VILA VELHA. VARA DE EXECUÇÕES PENAS DE VILA VELHA - EXCLUSIVA REGIME SEMIABERTO. Retificação Das Frações De Progressão De Regime, Autos nº 0001145-73.2016.8.08.0021, Data da Decisão 23/04/2022)

Em recentes julgados, o Superior Tribunal de Justiça reconsiderando as decisões proferidas, em juízo de cognição sumária, - acerca da consideração das frações de crime comum para condenação pelo cometimento do delito de tráfico de drogas -, proferiu liminar em 22/4/2022, nos autos do HC nº. 736.333/ SP; em 29/04/2022, nos autos do HC nº. 737479/

SC; bem como em 03/02/2022, nos autos do HC nº. 726159/SC. Na primeira decisão, com teor semelhante na segunda, o Ministro Sebastião Reis Júnior proferiu o seguinte:

No caso, em juízo de cognição sumária, tem-se que razão assiste à impetração, uma vez que o permissivo legal que equiparava o delito de tráfico de drogas a hediondo – a progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/1990) – foi revogado pela vigência da Lei nº 13.964/2019.

Isso porque **a aparente ausência de disposição legal equiparando o crime de tráfico de drogas a delito hediondo não poderia ser suprida por ato extralegal.**

Então, em juízo de cognição sumária, por estarem presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano, elementos indispensáveis à concessão da tutela de urgência, **DEFIRO** o pedido liminar para determinar a alteração provisória dos cálculos de pena do paciente, até o julgamento do mérito do presente writ, devendo ser considerados as frações de crime comum para condenação pelo delito de tráfico de drogas, na Execução nº. 0001231-18.2022.8.26.0996, da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal (DEECRIM 5ª RAJ) da comarca de Presidente Prudente/SP.

No entanto, o Ministro Sebastião Reis Júnior havia pedido vista dos autos HC 726.166/SC, visando avaliar melhor a questão. Todavia, passou a entender que o tráfico de drogas é hediondo. Nesse sentido, na sessão de julgamento do dia 07/06/2022, a Sexta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, que o tráfico de drogas é sim equiparado a hediondo. Desse modo, tanto a Quinta Turma quanto a Sexta Turma possuem entendimentos unânimes contrários ao afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico de drogas.

Por fim, contra a decisão monocrática proferida por Ministro do STJ, no HC 733.326/SP, em favor do apenado foi impetrado habeas corpus nos autos, no sentido de retificar o cálculo da pena afastando o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas para fins de progressão de regime, o relator Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, alegou que o STJ ainda não havia apreciado o mérito da controvérsia, motivo pelo qual ficou no aguardo do julgamento do mérito para não suprimir uma instância. Nesse sentido, diante do novo posicionamento do STJ, no dia 07/06/2022, estamos na expectativa para que o STF decida pelo o esperado

afastamento, para não haver o suplemento de mais uma jurisprudência sem lei no âmbito da execução penal.

9. Sistema prisional da paraíba

“Estudei (...) por conta do Estado, ou melhor, da Sociedade que paga impostos; tenho a obrigação de retribuir ao menos uma gota do que ela me proporcionou.” —

Nélson Jahr Garcia (1947-2002)

Atualmente há 69 unidades prisionais ativas, conforme o SISDEPEN, no estado da Paraíba. Como visto anteriormente, a Lei de Execução Penal prevê os tipos de estabelecimentos penais e suas formas de utilização, de modo que cadeia pública é para ter a finalidade de recolhimento de presos provisórios; penitenciária deve ser destinada ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado; colônia agrícola, industrial ou similar, para o cumprimento da pena em regime semiaberto; casa do albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana; e hospital de custódia e tratamento psiquiátrico deve ser destinado aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Entretanto, a Auditoria Operacional do Sistema Penitenciário realizado pelo Tribunal de Contas (TCE-PB)¹², evidenciou que as mesmas unidades prisionais paraibanas são utilizadas para diversos regimes de cumprimento de pena, tais como: a Colônia Agrícola de Sousa, que deveria ser destinada apenas para o semiaberto, mas há apenados cumprindo pena nos três regimes. Foi também observado que na maioria das Cadeias Públicas, que deveriam ser destinadas apenas para presos provisórios, há tanto presos provisórios quanto presos cumprindo pena nos três regimes, bem como que há coexistência de mais de um tipo de regime em grande maioria dos estabelecimentos prisionais, por exemplo, Feminina Maria Júlia Maranhão (em João Pessoa), o Presídio Regional de Guarabira e o Presídio Feminino de Patos, que apresentam os três tipos de regime- fechado, semiaberto e aberto - e ainda a

¹² PROCESSO TCE nº 00753/17. Disponível em: <https://tramita.tce.pb.gov.br/tramita/pages/main.jsf>. Acesso em: 27 de abr. 2022.

Penitenciária Jurista Agnelo Amorim (em Campina Grande), que contém presos nos regimes semiaberto e aberto. Além disso, foi constatado que não há nenhuma Casa de Albergado no estado.

O TCE-PB também verificou irregularidades na nomenclatura utilizada para algumas unidades prisionais, utilizando o termo “presídio”, uma vez que a denominação de “presídio” é utilizada como “gênero” na LEP, abrangendo os vários tipos e respectivos regimes. Todavia, é utilizado em unidades prisionais, como por exemplo o Presídio Regional de Guarabira, abrigando, em fevereiro de 2022, 52 presos do regime aberto; e Presídio Regional de Sapé, com um preso do regime aberto, 36 provisórios e 79 sentenciados no regime fechado.

O TCE-PB ainda evidenciou que a separação dos regimes dentro das unidades prisionais tem sido feita por pavilhões e celas. Desse modo, é necessário mudanças para que a alocação dos presos seja realizada nos moldes previstos na LEP, inclusive com funcionamento de Comissão Técnica de Classificação, e na Regra 93 de Mandela (ONU), para que sejam adequados os tipos de estabelecimentos aos regimes de execução penal e oferecendo atendimento apropriado ao preso maior de 60 anos.

Destaca-se que não há a institucionalização formal de uma política pública do estado da Paraíba sobre execução penal, uma vez que a Lei Estadual nº 5.022/88, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 12.832/88, limita-se a apenas replicar o conteúdo da Lei de Execução Penal para a esfera estadual. Desse modo, não há um instrumento legal que envolva todos os órgãos de execução penal estadual. Sabe-se que a Secretária de Administração Penitenciária (SEAP/PB) se comprometeu, por meio de um Termo de Cooperação Técnica com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJ-PB), no âmbito do Programa Fazendo Justiça, elaborar de modo conjunto um Plano Executivo Estadual.

Todavia, recentemente, no dia 22/02/2022, com a finalidade de elaborar a Lei Orgânica do Policial Penal do Estado da Paraíba, uma comissão foi formada¹³. Tal lei terá o propósito de estabelecer a definição e funções institucionais da categoria, normatizando toda a carreira do policial penal, seu ingresso, desenvolvimento funcional, jornada de trabalho, funções de confiança no âmbito da polícia penal,

¹³ Disponível em <https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-de-administracao-penitenciaria/noticias/comissao-que-elabora-lei-organica-da-policia-penal-realiza-primeira-reuniao#:~:text=A%20lei%20org%C3%A2nica%20da%20pol%C3%ADcia,pol%C3%ADcia%20penal%2C%20escalas%20de%20plant%C3%A3o%2C>. Acesso em 05/06/2002.

escalas de plantão, expedientes administrativos, remoção, prerrogativas, regime disciplinar, entre outras temáticas de fundamental importância para organização da categoria. Desse modo, certamente irá proporcionar alterações na estrutura da SEAP/PB.

Vale mencionar que conforme a Resolução do Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPc) nº 01/2009, para o mínimo de cinco detentos por agente penitenciário, haveria necessidade de um total de 2.170 profissionais. Assim, segundo o SISDEPEN, o quantitativo de presos em celas físicas na Paraíba era, em junho de 2021, de 10.849, ou seja, seriam necessários 2.170 policiais penais no estado. Tendo como exemplo a unidade prisional com a maior população do estado, a Penitenciária Desembargador Silvio Porto, o número de policiais penais por plantão é precário, tendo em vista que há apenas uma média de 12 a 14, para uma população de 1.663 presos (GEOPRESÍDIOS, 2022)

Destaca-se que em virtude da Pandemia da COVID-19, o Plano de Contingência para o novo Coronavírus no Sistema Penitenciário do Estado da Paraíba da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (SEAP/PB), foi publicado em 03 de abril de 2020, o qual dispôs sobre a adoção de medidas, orientações e recomendações sanitárias para a prevenção e controle da COVID-10 dentro das unidades prisionais estaduais.

De maneira muito assertiva, seguindo a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, o Tribunal de Justiça da Paraíba, por meio da Portaria nº 01/2020 da Vara de Execução Penal (VEP) determinou o cumprimento da pena no regime semiaberto em regime de prisão domiciliar, pelo período de 30 dias, bem como a apresentação regular dos reeducandos em livramento condicional, e a portaria nº 06/2020 suspendeu por igual período a apresentação dos internos em cumprimento de medida de segurança e determinou a imediata realização do exame de cessação de periculosidade. Estes períodos de suspensão estão sendo prorrogados enquanto permanece a pandemia. No entanto, tem-se conhecimento que a VEP-JP, inicialmente, determinou o uso dos equipamentos de monitoramento eletrônico para os apenados do regime semiaberto e aberto durante o período de prisão domiciliar. Ocorre que, estipular essa medida para os apenados do regime aberto desrespeita as normativas de cumprimento de pena neste regime. Sabe-se que, o sistema progressivo tem a finalidade de diminuir gradualmente a intensidade da pena conforme o tempo de seu cumprimento e o comportamento do preso, para a inserção definitiva do apenado na sociedade, bem

como que no regime aberto o cumprimento de pena é baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do próprio condenado (art. 36, caput, do Código Penal). Desse modo, determinar a utilização de tornozeleira eletrônica aos apenados do regime aberto, faz com que se tenha um meio de vigilância contínua, ou seja, a vigilância aumentou ao invés de diminuir.

Por conta disso, a VEP-JP, entre outras comarcas, expediu uma nova portaria determinando que as tornozeleiras instaladas fossem retiradas dos apenados do regime aberto e instaladas nos apenados do regime semiaberto.

Entretanto, apesar da previsão para adoção de medidas de controle e previsão ao contágio do coronavírus nas prisões, não foi possível se ter uma dimensão da aplicação das medidas nas unidades prisionais, devido à falta de transparência de registro da evolução do quadro no contexto prisional. Como exemplo citamos a atual situação da Penitenciária Desembargador Silvio Porto, onde, segundo o último relatório de inspeção realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 10/03/2022, e divulgada por meio do site GEOPRESÍDIOS, foi revelado que apesar de haver casos suspeitos entre os presos e Policiais Penais, não houveram novos casos confirmados entre os apenados, mesmo sendo constatado diversos casos de gripe com a necessidade de - em alguns casos - recorrer ao atendimento médico extramuros. Acontece que, em nenhum momento foi relatado se a testagem em massa está sendo feita, mas pelo menos foi dito que o esquema vacinal de todos os presos foi concluído. Além disso, foi relatado que vinte e quatro presos se encontram com tuberculose, mas que se encontram isolados em uma única cela.

Ademais, conforme o relatório de inspeção realizado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), em outubro de 2017, ano em que a Penitenciária Desembargador Silvio Porto já se encontrava superlotada, o que piorou a situação dos imensos pavilhões sem celas, nos quais os presos ainda precisam dividir pouquíssimos sanitários. Este órgão também alertou acerca do quantitativo de pessoas com tuberculose e com problemas de saúde mental, bem como para as quedas constantes de energia elétrica, problemas hidráulicos (falta de acesso à água pelos presos), e esgoto à céu aberto (próximo às celas utilizadas para penas disciplinares). Todavia, apesar do pouco quantitativo de vagas para estudo, o CNPCCP relatou que as atividades de educação e leitura estavam muito bem aparelhadas.

Além disso, o CNPCCP chamou a atenção para a situação em geral das condições de cumprimento de pena nas unidades inspecionadas na Paraíba, posto

que: há pouquíssima iluminação, arejamento precário dos espaços de reclusão, não há medidas de prevenção ou controle de incêndio, todos apresentaram péssimas condições hidro sanitárias e higiênicas, alimentação insuficiente (tanto acerca do quantitativo de refeições servidas quanto no valor nutricional), nenhuma das unidades tem psicólogo ou terapeuta ocupacional, presença de diversos presos provisórios junto com os sentenciados, pouquíssimas oportunidade de profissionalização para os internos, e que além de poucos presos laborarem, o trabalho é apenas relacionado aos serviços internos, voltados à própria manutenção dos serviços do presídio. Ademais, foi dito, entre outros apontamentos, que a quase totalidade das unidades inspecionadas não tem regulamento interno, motivo pelo qual prejudica o conhecimento prévio dos presos sobre as regras de disciplina no interior da prisão, o que dá espaço para procedimentos administrativos disciplinares arbitrários.

Ante o exposto, o TCE-PB concluiu que o Estado possui extrema dificuldade para cumprir o disposto na Lei de Execução Penal, sobretudo devido ao elevado contingente populacional carcerário, incorreta alocação dos presos de acordo com o regime, precárias instalações físicas e concentração territorial das vagas em determinadas partes do estado.

9.1. Sentenciados por tráfico de drogas custodiados pela Penitenciária Desembargador Silvio Porto

Entendemos que a equiparação do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei de Drogas) a crimes hediondos não possui previsão legal, como elucidado no capítulo anterior. De fato, o crime de tráfico de drogas se trata de crime comum, apenas com tratamento diferenciado em relação à fiança, graça, anistia e indulto, e é cometido sem violência ou grave ameaça (art. 5º, XLIII, da CF/88). Sendo assim, na prática de crime de tal natureza o cálculo para progressão de regime deve obedecer às frações de 16% se primário e 20% se reincidente específico (art. 112, I e II, da LEP).

Esta mudança de interpretação é fundamentada nos princípios constitucionais, bem como condiz com a própria função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, que é “de contenção e redução do poder punitivo” (ZAFFARONI, 2002). Além disso, o princípio/regra da reserva legal na esfera penal (art. 5º, XXXIX, CF e art. 1º, CP), lido na sua esfera mais ampla e teleológica, impede não somente a

tipificação de delitos (preceito primário e secundário), mas também o agravamento das condições de cumprimento da pena (ex. critérios de progressão de regime), senão por lei formal.

Ante o exposto, tal entendimento já foi adotado pelo juízo de Execução Penal das seguintes comarcas: Maravilha/SC, Santarém/PA, Juiz de Fora/MG, Londrina/PR, Cascavel/PR, Porto Alegre/RS e Vila Velha/ES. Ressalta-se que nos estados que situam estas comarcas, todos os seis possuem unidades prisionais superlotadas, diante do déficit de vagas (vide tabela 01), bem como o quantitativo de condenados devido a legislação de drogas é inferior ao número de condenados por crimes contra o patrimônio, mas superior ao número de quantitativo de condenados por crimes contra a vida (vide tabela 02).

Tabela 01 - População carcerária x condenados por drogas

UNIDADES DA FEDERAÇÃO	POPULAÇÃO CARCERÁRIA (GEOPRESÍDIOS)	DÉFICIT DE VAGAS	POPULAÇÃO CARCERÁRIA (SISDEPEN)	CONDENADOS POR "DROGAS"
SANTA CATARINA	24798	5148	37810	11461
PARÁ	11744	358	24371	4940
MINAS GERAIS	63916	20982	0	0
PARANÁ	33152	6641	23358	5697
RIO GRANDE DO SUL	33864	8537	55049	15507
ESPÍRITO SANTO	23040	9063	14742	5526

Fonte: Elaborada pela autora com base nos dados disponibilizados no GEOPRESÍDIOS - CNJ¹⁴ e no SISDEPEN¹⁵.

¹⁴ Conforme os dados encontrados no site Geopresídios, alimentado pelos dados das inspeções nos estabelecimentos penais pelo CNJ. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 06 de jun. 2022.

¹⁵ Conforme os dados encontrados no site do SISDEPEN na aba de informações criminais, na página "3- tipo penal". Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMzRINjZhZDAzMjMi00NzE0LTlIMmUtYWY1NTAxMjQzNzVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTlRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 06 de jun. 2022.

Destaca-se que se o entendimento pelo afastamento da equiparação dos crimes de tráfico de drogas aos crimes hediondos for mantido, a situação de superlotação das unidades prisionais dos estados de Santa Catarina, Pará e Rio Grande do Sul será superada. Isto é, aplicando tanto a fração de 16% se primário quanto a de 20% se reincidente específico para progressão de regime dos presos condenados por tráfico de drogas, esses presos iriam ter um menor tempo de cumprimento de pena no regime fechado, e consequentemente o déficit de vagas seria superado. Desse modo, em curto espaço de tempo, Santa Catarina, Pará e Rio Grande do Sul, respectivamente, teriam as seguintes quantidades de vagas: 6.313, 4.582 e 6.970.

Desse modo, temos que a redução das frações para progressão do crime de tráfico de drogas pode vir a acarretar melhorias significativas nas condições de cumprimento de pena nas unidades prisionais dos estados citados. Entretanto, no estado do Paraná, com o alcance da progressão mais cedo pelos apenados por drogas, ainda se teria um déficit de 944 vagas.

Além disso, acerca das projeções no sistema prisional do Espírito Santo há uma gritante divergência entre o quantitativo da população carcerária informado pelo CNJ (23.040) com quantitativo obtido por meio do SISDEPEN (14.742), motivo pelo qual comprometeu as conjecturas sobre a mudança da superlotação, caso mantido o entendimento de tráfico como não hediondo. Ocorre que, o número informado pelo CNJ é oito vezes maior que o dado encontrado por meio da segunda fonte. Nos questionamos acerca da validade dos dados, contudo, se fosse fazer a mesma comparação realizada para os demais estados, tem-se que neste estado o saldo da diferença de condenados por drogas não seria suficiente para suprir o déficit de vagas, posto que ainda iria se ter um déficit de 3.537 de vagas.

Ressalta-se que, as administrações penitenciárias e estado possuem o dever de gerenciar de modo transparente os dados acerca do sistema prisional e da população carcerária, uma vez que é de suma importância para elaborar e executar soluções eficientes.

Em relação ao sistema prisional do Estado da Paraíba, conforme o CNJ, possui uma população carcerária de 10.503 presos, mas segundo o SISDEPEN esse estado, atualmente, mantém 15.623 pessoas privadas de liberdade sob a sua responsabilidade. Também foi verificada divergência acerca do quantitativo de pessoas presas na plataforma recém divulgada pela Secretaria de Administração Penitenciária local (SEAP/PB), que foi de 12.612 (no ano de 2021).

Tomando como base os dados da plataforma da SEAP/PB, em 2021, havia 3.213 presos provisórios em regime fechado, 5.687 presos condenados cumprindo pena no regime fechado, 2.750 no semiaberto e 911 no aberto. Destes, 2.627 foram condenados pelo cometimento do crime de tráfico de drogas. Acerca do déficit de vagas, a Paraíba apresenta situação semelhante ao do Espírito Santo, uma vez que o quantitativo de presos por drogas (2.934) é superior ao déficit de vagas (3.911).

No entanto, sabe-se que o Juízo da Vara de Execução Penal de João Pessoa, capital do estado da Paraíba e onde situa a unidade prisional com maior índice de superlotação, a Penitenciária Desembargador Silvio Porto, permanece com o entendimento de que o crime de tráfico de drogas possui equiparação legal aos crimes hediondos. Nesse sentido, o parecer ministerial alegou que o constituinte optou por mencionar expressamente os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo como insuscetíveis de fiança, graça e anistia, no art. 5.º, XLIII, da CF, para deixar ao legislador ordinário a possibilidade de determinar os crimes hediondos. Como base para argumentação o representante do Ministério Público fez referência ao doutrinador Guilherme Nucci (2020) que listou tais crimes como delitos hediondos.

Nesse sentido, o Juízo da VEP/JP na mencionada decisão afirmou que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins seria também equiparado a hediondo por força do disposto no art. 2º da Lei nº. 8.072/90, bem como alegou que apenas o crime de tráfico de entorpecentes privilegiado não é equiparado a hediondo. Ante o exposto, a Juíza de Direito que proferiu a decisão indeferiu o pedido (autos nº 1001783-44.2011.8.15.2002).

Destaca-se que, como bem apresentado pela Coordenadoria de Atendimento da Execução Penal e Estabelecimentos Penais da Defensoria Pública Estadual, no pedido de impugnação ao cálculo das penas, que motivou a decisão acima mencionada, por meio de uma interpretação gramatical é evidente que o núcleo *“tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”* não integra o mesmo núcleo de *“e os definidos como crimes hediondos”* por estarem separados semanticamente, demonstrando assim, que o legislador originário não tinha interesse de que tráfico drogas integrasse o rol dos crimes hediondos.

Como já elucidado no presente estudo, a previsão legal desta equiparação se dava por meio do art. 2º, §2º, da Lei nº 8072/90, mas foi expressamente revogada pelo art. 19 da Lei 13.964/19 (pacote anti crime), e este, apesar de dispor sobre novas criminalizações, se manteve omissa no que diz respeito ao caráter hediondo do crime

de tráfico de drogas. Além disso, o art. 1º, da Lei nº 8072/90, o qual dispõe quais crimes serão considerados hediondos, em nenhum inciso mencionou o crime de tráfico de drogas.

Desse modo, permanecer com a interpretação de que tráfico de drogas é equiparado aos crimes hediondos é cair na falácia de uma jurisprudência sem lei, percebida de modo reiterado no âmbito da execução penal, tais como no afastamento da nulidade da falta de defesa técnica na audiência admonitória a respeito das condições da suspensão condicional da execução da pena (*sursis*), conforme Acórdão 1127682, 20180020024807EIR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Câmara Criminal, data de julgamento: 1/10/2018, publicado no DJE: 3/10/2018.

É certo, que há um abismo (tido como utópico para muitos) entre as normativas da execução penal e a sua aplicação de fato, tendo em vista que o princípio da legalidade parece não ter força perante os juízos das varas de execução penal do país. Nesse viés, é perceptível que o discurso dos que dominam o poder, inflado na defesa social para justificar a atuação do poder punitivo, distancia ainda mais as normas da necessidade real da sociedade. Assim, como bem afirma Zaffaroni (2017) a defesa social tem que ter aspecto preventivo e não repressivo, isto é, não tutela sobre fatos já ocorridos ou passados, mas sim os que porventura poderão vir a ocorrer, e sem segurança jurídica não há razão para o direito punitivo. Desse modo, visando amenizar os efeitos perversos e inúteis da criminalização e da prisão, o mencionado autor defende a adoção de princípios minimalistas para reduzir a intervenção punitiva, bem como a descriminalização e despenalização de condutas que não apresentem grave lesão para os Direitos Humanos.

Tendo em vista o grave problema do sistema carcerário brasileiro, verifica-se a necessidade da interpretação de normas vigentes, da aplicação de políticas públicas já existentes e a edição e aplicação de normas desencarceradoras para, só assim, se alcançar a reversão do quadro de grave violação de direitos humanos e fundamentais. Ressalta-se que, a adoção do entendimento defendido neste estudo, do delito de tráfico de drogas não equiparado a hediondo, visa cumprir os preceitos legais com o intuito de proporcionar melhores condições de encarceramento. Todavia, para isto se faz necessário a atuação conjunta de todos os órgãos de execução penal, previstos no art. 1º, da Lei de Execução Penal.

Acerca dos presos custodiados pela Penitenciária Desembargador Silvio Porto temos que há 1.730 pessoas do sexo masculino privados de liberdade, em detrimento

de 677 vagas, conforme os dados disponibilizados no último relatório de inspeção disponibilizado no GEOPRESÍDIOS/CNJ. Do quantitativo geral da população carcerária, todos se encontram em regime fechado e apenas 13 são presos provisórios. Além disso, conforme informado pela Gerência Executiva do Sistema Penitenciário (GESIPE-SEAP/PB), atualmente, há 826 condenados pela Lei nº 11.343/06, que dispõe sobre o Sisnad, conforme a seguinte distribuição¹⁶.

Tabela 02 - Tipo penal por preso

CLASSIFICAÇÃO	TOTAL DE "HOMENS"
Artigo Art. 33 Caput da Lei de Drogas	566
Artigo Art. 35 da Lei de Drogas	110
Artigo Art. 28 Caput da Lei de Drogas	34
Artigo Art. 33, § 4o da Lei de Drogas	30
Artigo Art. 40, Inc. III da Lei de Drogas	22
Artigo Art. 40, Inc. VI da Lei de Drogas	17
Artigo Art. 40, Inc. IV da Lei de Drogas	13
Artigo Art. 35 Parágrafo único da Lei de Drogas	11
Artigo Art. 40, Inc. V da Lei de Drogas	10
Artigo Art. 40, Inc. I da Lei de Drogas	5
Artigo Art. 33, § 1o, I, da Lei de Drogas	3
Artigo Art. 33, § 1o, II, da Lei de Drogas	2
Artigo Art. 33, § 2o da Lei de Drogas	1
Artigo Art. 33, § 3o da Lei de Drogas	1
Artigo Art. 40, Inc. VII da Lei de Drogas	1

Fonte: GESIPE.

¹⁶ Destaca-se que, ao receber a presente classificação, a autora deste estudo questionou à GESIPE acerca do índice de reincidência de cada apenado, e se a distribuição estava contando como total o número de apenados - de fato - ou de processos devido ao cometimentos dos delitos. Todavia, não foi possível obter essa resposta, diante da não precisão do sistema de informações utilizado pela gerência. Assim, como não foi possível ter acesso aos dados de reincidência, bem como das faltas graves homologadas, tomamos como base o número total como se fosse de presos condenados.

Desse modo, tomamos como exemplo alguém condenado a pena de 5 anos pelo crime de tráfico (art. 33, caput), prevalecendo o caráter hediondo temos os seguintes cálculos:

- 1) Se primário ou reincidente genérico, precisaria cumprir 2 anos para a progressão de regime (2/5 - 40%);
- 2) Se reincidente específico, precisaria cumprir 3 anos para a progressão de regime (3/5 - 60%).

No entanto, afastada a hediondez por equiparação:

- 1) Se primário ou reincidente genérico, precisará cumprir 9 meses e 18 dias para a progressão de regime (16%).
- 2) Se reincidente específico, precisará cumprir 1 ano para a progressão de regime (20%).

Ante o exposto, temos que - pelo menos - 571 apenados (condenados pela prática do art. 33, caput; e art. 33, §1º, I e II) poderiam se beneficiar antecipando o direito à progressão de regime ao semiaberto, o que iria contribuir para a redução dos efeitos devastadores da situação de superlotação da unidade prisional.

Destaca-se que, a proliferação de doenças gravíssimas como a AIDS, tuberculose, sobretudo COVID-19, as precárias condições de salubridade, bem como o racionamento de água, contribui para agravar ainda mais o cenário de superlotação das unidades prisionais, situação identificada também na Penitenciária Desembargador Silvio Porto.

O grupo Racionais na música diário de um detento afirma que um preso vale 300 reais por mês para o estado, afirmação razoável diante das condições de encarceramento proporcionadas pelo sistema prisional brasileiro. Todavia, o estado da Paraíba é um dos estados que possui os gastos com a manutenção de um preso mais baixo do país. Em consulta ao Processo de Auditoria do Sistema Penitenciário realizado pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, para o mês de dezembro/2021, a Paraíba apresenta um custo per capita relativamente baixo, uma vez que o custo médio mensal por preso é de R\$ 2.104,43. Desse modo, a progressão de regime ao semiaberto de forma mais branda, como a possibilitada pela não equiparação aos crimes hediondos do tráfico de drogas, iria significar uma economia de R\$1.050.314,53 para o governo da Paraíba.

Acontece que, foi noticiado que o valor para manter um apenado com o uso do equipamento de monitoração eletrônica é R\$265¹⁷, ou seja, oito vezes menos que os gastos que se tem para manter um apenado preso em regime fechado. Desse modo, além da redução da superlotação, o valor economizado poderia ser revertido em melhores condições de encarceramento, tais como a realização de manutenção e melhorias na estrutura física, na possibilidade de proporcionar mais atividades de ressocialização, educação e leitura, maior duração do tempo de banho de sol para cada pavilhão, entre outras tantas possibilidades.

Vale mencionar que além dos benefícios para a população carcerária, sobretudo por meio da ressocialização, os presos sentenciados por tráfico de drogas iriam ter menos contato dentro dos estabelecimentos penais com presos de maior periculosidade. Segundo o então presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Herbert Carneiro¹⁸, é necessário que se tenha um aumento de medidas alternativas à prisão, bem como a construção de unidades prisionais menores, de até 150 presos, tendo em vista que quanto maior a população carcerária custodiada em precárias condições, maior é a probabilidade de expansão do crime organizado.

Além disso, o monitoramento eletrônico poderia auxiliar de forma mais efetiva na prevenção de novos crimes, por se ter o acompanhamento das zonas em que o apenado circula entre outros fatores. Outrossim, sabe-se que a comarca não possui tornozeleiras eletrônicas para todos os apenados do regime semiaberto, o que com a redução dos gastos poderia proporcionar a compra desses equipamentos, bem como ser destinado à programas de ressocialização e amparo aos presos.

Assim, entendemos que a interpretação defendida neste estudo, poderia auxiliar o cumprimento da legislação nacional sobre execução penal e amenizar as diversas violações de direitos na penitenciária em virtude da redução da população carcerária.

Entretanto, o sistema prisional tem cumprido um significado às avessas da finalidade propostas à punição legal, posto que tem proporcionado encarceramento em massa, sobretudo pelo cometimento de delitos relacionados à lei de drogas. Nesse sentido, em virtude das diversas violações aos direitos das pessoas privadas de

¹⁷ Disponível em <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/uso-de-tornozeleiras-gera-economia-de-quase-r-220-mil-por-mes-para-a-pb.ghtml>. Acesso em 07 de jun. 2022.

¹⁸ Disponível em <https://fenapef.org.br/40935/>. Acesso em 31 de maio de 2022.

liberdade que o sistema carcerário representa, é certo que após o longo período de ócio prisional, que causa um sofrimento humano arrastando-se no tempo, nenhuma pessoa é a mesma após o cumprimento da pena privativa de liberdade em unidades prisionais que possuem péssimas condições e precário acesso, até mesmo, aos itens básicos de higiene e alimentação.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na história de toda a humanidade, sempre existiu um modo de fazer o autor do crime pagar pelo mal cometido, e com as mudanças de valores e de cultura da sociedade foram ocorrendo mudanças, em como punir e aplicar a pena. A pena de prisão antecede o ordenamento jurídico acerca do direito punitivo, que surgiu a partir da criação dos estados, momento em que o monopólio do direito de punir passou a ser estatal, fundamentado na defesa social. Ressalta-se que, nessa época, a pena passou a ter um caráter de utilidade, que para além de castigar, pretendia-se prevenir delitos.

Foi a pena privativa de liberdade que superou a condição da prisão apenas para a custódia dos presos. Pena, tida como marco para o início do acesso à humanidade nos sistema punitivo, diante das barbaridades das penas cruéis e de morte.

Destaca-se que a pena privativa de liberdade surgiu no contexto da expansão do modo de produção capitalista (momento em que os Estados almejavam ter mais territórios e mais poder econômico). Assim sendo, foram criadas leis que criminalizam condutas visando excluir os que não estavam aptos para ser mão de obra no meio urbano, como a mendicância e pequenos furtos. Isto é, o estado passou a apontar culpados para os problemas sociais. E a modalidade da prisão preventiva e a prisão por dívidas, surgiu justamente após o desenvolvimento do capitalismo industrial, o qual influenciou diretamente o elevado aumento da criminalidade e da miséria.

Vimos que todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. Foi apenas no século XIX, que o complexo de normas disciplinadoras denominado direito positivo, estabeleceu regras indispensáveis ao convívio em sociedade, momento em que a pena passou a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. Desse modo, foi

estabelecido uma mentalidade repressora difícil de ser superada, tendo em vista que associa a punição à realização do valor da justiça.

Todavia, devido aos diversos questionamentos fomentadas pelos ideais iluministas, os filósofos, moralistas e juristas censuravam abertamente a legislação penal vigente, em defesa das liberdades individuais, bem como da dignidade do homem. Nesse viés, vale destacar as ideias defendidas pelos reformistas humanitários John Howard (pela defesa da reforma do sistema prisional, baseada no isolamento noturno, na imposição do trabalho, na instrução moral e religiosa, e na classificação dos presos em processados, condenados e devedores), bem como Jeremias Bentham (criador do Panóptico, que seguiu o modelo celular, mas com a inclusão da educação profissional e aplicação excepcional de castigos disciplinares). Com base nas ideias desses reformadores humanitários, surgiram os primeiros sistemas penitenciários de cumprimentos de pena, tais quais: o penitenciário filadélfico e o sistema auburniano.

Registra-se que o sistema progressivo surgiu com o afastamento da rigorosa disciplina e estrita regra do silêncio do sistema auburniano, e determinava a distribuição do cumprimento da pena em determinados períodos, colocando em evidência a própria vontade dos custodiados, juntamente com a diminuição gradativa do rigor da privação de liberdade. Este sistema busca proporcionar ao recluso uma readaptação ao convívio em sociedade por meio de um conceito retributivo da pena, e com a individualização científica, houve a individualização penitenciária, bem como o fomento para que o regime penitenciário fosse mais humano e racional, sobretudo, com o incentivo do regime aberto. Além disso, tem-se que a pena não deve ser individualizada por meio do autor responsável do delito, mas sim a partir do indivíduo punido, em detenção carcerária, modificado por este ou a ele reagindo.

Assim, é direito do Estado exigir o cumprimento das disposições da sentença ao exercer o jus puniendi na esfera da execução penal. Por outro lado, são preservados os direitos do condenado ou do internado não atingidos pela decisão judicial. Isto quer dizer que os limites da atuação estatal são traçados pelos direitos das pessoas sentenciadas.

É nítido que houve avanços nas condições dos estabelecimentos penais, bem como no tratamento dos criminosos, mas que ainda assim persiste um abismo entre a legislação e o que de fato é aplicado. Na perspectiva da criminologia crítica, esse abismo é motivado pelas classes sociais antagônicas, já que a própria sociedade

mantém o alvo nos sujeitos etiquetados para garantir as desigualdades sociais entre riqueza e poder.

Depreende-se de que não somos todos iguais “vulneráveis” ao sistema penal, o qual orienta-se por “rótulos” recolhidos nos setores mais marginalizados e humildes, fazendo com que haja uma rejeição do etiquetado como também aquele que se solidariza ou coaduna com ele.

Assim, a exacerbação da parte normativa, que aumenta o tempo do encarcerado para se alcançar a progressão de regime é consequência desta criminalização primária, a qual alcança um determinado grupo de pessoas. A edição do pacote anti crime, lei nº 13.946, de 29 de dezembro de 2019, é um exemplo de criminalização primária, exercida pela agência política.

É certo que o direito penal é ciência cultural normativa, valorativa e finalista. Isto é, pertence às ciências naturais, do dever ser e não à do ser, motivo pelo qual deve ser regulado pela defesa de bens jurídicos voltados para proteger a pessoa humana objeto final de proteção da ordem jurídica, ou seja, não deve ser entendido como dever, mas sim como valor delimitador da norma. Assim, é necessário que o estado faça distinção do que se pode proteger no âmbito do direito penal, bem como, do que não está legitimado a proteger.

Constatou-se na presente pesquisa o quanto para além de tudo que se vem discutindo em torno da pena privativa de liberdade, se trata de uma pena falida, pois nunca conseguiu produzir os resultados a que se propunha, ou seja, proporcionar a reintegração social das pessoas presas e internas.

Ademais, verifica-se que as pessoas tidas como criminosas pertencem aos setores sociais de baixos recursos e são elas que ocupam as unidades penais brasileiras. Em consequência da pobreza e antecedentes, os sentenciados e seus familiares possuem escassa influência no meio social, motivo pelo qual são alvos de discriminação pela sociedade, que já tem um pré-julgamento em relação a egressos do sistema prisional, sendo uma clara violação ao princípio da isonomia

Acontece que, considerando a sociedade brasileira, sobretudo diante do genocídio sob o comando do estado da população negra, a raça é fundante e, como tal, deve ser trazida em sua centralidade para o debate da questão sobre drogas. Na realidade, a proposta se fazia meramente um elemento legitimador da sua atuação genocida e politicamente orientada para o controle de uma determinada classe de indivíduos, que demonstra sua seletividade, dos indivíduos definidos como criminosos

pela criminalização de condutas, que perpetua a concentração do poder punitivo nas mãos de poucos, e que empilha os corpos negros entre as grades do carcere sem condições dignas, sobretudo com o argumento da defesa social em meio à guerra às drogas.

Assim, constata-se que o delito de "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" (art. 33 da Lei de 11.343/06), após a vigência do "Pacote Anticrime" (Lei n. 13.964/2019), em 23/01/2020, deixou de ser delito "equiparado" a hediondo para fins de progressão de regime de cumprimento de pena, com aplicação retroativa benéfica — *novatio legis in melius* (art. 5º, XL, CF e art. 2º, parágrafo único, CP). Por tal motivo, a fração para o alcance para progredir de regime pelos apenados devido ao cometimento desse tipo penal, passa a ser mais benéfica, o que reforça a progressividade do sistema de cumprimento de pena.

No entanto, diante do cenário histórico e estrutural de criminalização da população negra e pobre, que possui o controle do poder punitivo, reforçado pela desigualdade social, não entendemos que essa simples mudança de interpretação seja aceita pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, entendemos que seria uma mudança simples, por estarmos defendendo que as normas brasileiras no âmbito da execução penal sejam apenas seguidas. Entretanto, o que se tem visto é que a jurisprudência no âmbito da execução penal é feita sem lei. Sabemos que o legislador nem sempre demonstrou respeito aos princípios constitucionais que impõem limites ao exercício do *ius puniendi* estatal, como por exemplo na criação do regime disciplinar diferenciado, com a Lei nº 10.792/2003, vez que as sanções não são destinadas a fatos, mas sim a determinadas espécies de autores.

Após o trânsito em julgado e detido o condenado à pena privativa de liberdade, o Juízo em que tramitou a ação penal é responsável por encaminhar a guia de recolhimento ao Juízo da execução, conforme o art. 105 da LEP. Assim, quando a guia de recolhimento for recebida pelo Juízo da execução penal, esse deverá - por impulso oficial - iniciar a execução penal. Entretanto, foi verificado haver posicionamentos e entendimentos reiterados com base em uma jurisprudência sem lei e regionalizada no âmbito da execução penal, motivo pelo qual o presente estudo elucidou acerca da necessidade da interpretação das normas vigentes, da aplicação de políticas públicas já existentes e a edição de normas desencarceradoras para, só assim, tentar alcançar a reversão do quadro de grave violação de direitos humanos e fundamentais do sistema carcerário brasileiro.

Quanto à eficácia da pena no âmbito da Penitenciária Desembargador Silvio Porto, constatou-se que a unidade prisional hoje enfrenta graves problemas acarretados pela situação de superlotação, motivo pelo qual há a necessidade do reconhecimento de que a pena de prisão não tem conseguido cumprir com sua finalidade, em detrimento das reiteradas violações aos direitos das pessoas privadas de liberdade. Todavia, foi constatado que 826 condenados pela Lei nº 11.343/06 são custodiados por esta unidade prisional. Desse modo, caso o Juízo da Vara de Execução da comarca de João Pessoa concedesse a progressão de regime pelo cometimento desses delitos, as condições de cumprimento pode vir a apresentar melhorias significativas.

Entretanto, não é possível um país se desenvolver sem reconhecer que mata parte de sua população, no silêncio das vozes da prisão, tendo em vista que o Estado não tem sequer a preocupação de saber o quantitativo geral da população encarcerada. Dessa forma, nenhuma política pública terá resultados efetivos sem que o país interrompa esta guerra. Os dados sobre letalidade e encarceramento são assustadores e não deixam dúvidas de que é preciso uma nova política sobre drogas que tenha em seu centro o combate ao racismo e ao ódio de classe. É preciso regular as drogas, uma regulação que preveja reparação histórica para suas vítimas, e não a manutenção das assimetrias sociais e lucros para o capital.

Desse modo, temos que a escassez de políticas públicas serviram de suporte para uma progressiva repressão penal, aliada à ineficácia do sistema penal. Entretanto, é necessário defender um Direito Penal humano, legitimado por meio do respeito aos direitos e garantias individuais, mesmo quando nos vemos frustrados, devido a falta de recursos ou a má gestão na administração da Justiça. Assim, seguimos lutando para o direito penal ter como função a proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais criados com base no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. Manual de direito penitenciário. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1993.
- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário de Segurança Pública. Ano 14. 2020.
- BATISTA, V. M. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 128 p.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos E Das Penas. 1764. trad. bra. Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica, 2001, p. 85.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore. S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, maio-agosto, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2011
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte geral: arts. 1 a 120 – v. 1. 27 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- BORGES, Juliana. Encarceramento em massa. São Paulo, Pólen, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense 2010.
- BRASIL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347. Supremo Tribunal Federal. 09 de julho de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.
- _____. Código de processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva 2012.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 23 fev. 2022.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRITTO, Adriana de. Justiça restaurativa e execução penal: reintegração social e dinamicidades disciplinares. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. 110 f.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr> Acesso em 02 de maio 2022.

Fernandes, Fernanda Kelly Silva Alves. O custo da execução penal: do modelo normativo-disciplinar à política regulatória da delinquência. Belo Horizonte, 2019. 122 f.

FERREIRA, Alexandra. A Natureza Jurídica Das Penas Privativas De Liberdade. Revista Direitos Fundamentais e democracia, v.8, n. 8,(jul./dez 2010), p.213-236.

FERRUGEM, Daniela. Guerra às drogas? EM PAUTA, Rio de Janeiro, 1o Semestre de 2020 - n. 45, v. 18, p. 44 - 54 Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

FOUCAULT, Michael. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GMF/TJRJ. Disponível em: <http://gmf.tjrj.jus.br/historico>. Acesso em 09 de abr. 2022.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 371.

KARAM, Maria Lúcia. Disciplina o livramento condicional no ordenamento jurídico-penal brasileiro e violações a direitos fundamentais. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (coord.). Execução Penal: constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 149-182.

LEAL, Jackson. Guerra às drogas e criminalização da juventude: Da ilegalidade do entorpecimento à funcionalidade do anestesiamiento. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Rio de Janeiro – Vol. 11 – no 2 – MAI-AGO 2018 – pp. 191-211

MASSON, Cleber. Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788530993085. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993085/>. Acesso em: 01 jun. 2022.

MBEMBE, A. Necopolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. 1ª edição. 2018.

MEDEIROS, Camila. O monitoramento eletrônico de presos. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário do Direito, Brasília. Distrito Federal, p. 56. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Rafael de Souza. Manual de Execução Penal: teoria e prática. 4ª ed. rev. São Paulo, Editora Jusodivm, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. Disponível em: Minha Biblioteca, (18th edição). Grupo GEN, 2022.

NÚÑEZ NOVO, Benigno. A realidade do sistema carcerário brasileiro. [S.l.]: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016. 45 p. (Tratados Internacionais de Direitos Humanos).

ROEHRIG, José Flávio Ferrari; ALMEIDA, Caio César Domingues de. Tráfico de drogas nunca foi equiparado a hediondo. Revista Consultor Jurídico, 7 de abr. 2022

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e prática histórica da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formantando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo. São Paulo, p.526 . 2019.

SILVA, Fábio José Moreira da. A progressão de regime após as alterações trazidas pela Lei 13.964 de 2019 na Lei de Execução Penal - possíveis impactos no sistema penal brasileiro. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Programas de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2021. 75 f.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra à drogas. Editora D'Plácido, 2. ed. 1 reimp. Belo Horizonte, 2017.

WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral: 4. ed. São Paulo, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito penal brasileiro: volume 1 : teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DEPEN, Ministério da Justiça e Segurança Pública. INFOPEN - – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Portal de Dados.MJ, 2019b. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias> . Acesso em: 24 fev. 2022.

DEPEN, Ministério da Justiça e Segurança Pública. INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Atualização). Organização: Thandara Santos. Colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> . Acesso em: 24 fev. 2022.